

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

UNIDAD DE POST GRADO

La flexibilidad del derecho de trabajo

TESIS

para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

AUTOR

Victor Raúl Samamé Morante

Lima – Perú

2005

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

- 1.1 Descripción, identificación y delimitación del problema de investigación
 - 1.1.1 Descripción del problema de investigación
 - 1.1.2 Identificación del problema de investigación
 - 1.1.3 Delimitación de la investigación
- 1.2. Objetivos de la investigación
 - 1.2.1 Objetivos generales
 - 1.2.2 Objetivos especiales
- 1.3 Justificación de la investigación
- 1.4. Formulación de hipótesis
 - 1.4.1 Hipótesis principal
 - 1.4.2 Hipótesis secundarias
- 1.5 Metodología
 - 1.5.1 Tipo y nivel de investigación
 - 1.5.1.1 Tipo de investigación
 - 1.5.1.2 Nivel de investigación
 - 1.5.2 Método y diseño del estudio
 - 1.5.2.1 Método de la investigación
 - 1.5.2.2 Diseño de la investigación
 - 1.5.3 Fuentes de información empírica
- 1.6 Análisis de hipótesis
- 1.7 Aporte a la ciencia jurídica

CAPÍTULO II LA FLEXIBILIZACIÓN

- 2.1 Concepto de flexibilidad
 - 2.1.1 Excurso: flexibilidad ofensiva y flexibilidad defensiva
- 2.2 Clases de flexibilidad
- 2.3 Las cuatro flexibilidades
 - 2.3.1 Flexibilización de los salarios
 - 2.3.2 Flexibilización del tiempo de trabajo
 - 2.3.3 Flexibilización en la contratación laboral
 - 2.3.4 Flexibilización en la organización del trabajo
- 2.4 La ofensiva neo liberal y la flexibilización
 - 2.4.1 La crisis del estado de bienestar: Europa después de la crisis de la década de los 70
 - 2.4.1.1 Sobre los orígenes del estado de bienestar
 - 2.4.1.2 Sobre las características y tipos de estado de bienestar
 - 2.4.1.3 Del estado liberal de derecho al estado social de derecho
 - 2.4.1.4 Desigualdad social y legitimidad del estado del bienestar
 - 2.4.1.5 Bases morales, económicas y políticas de la vida social contemporánea. liberalismo individualista y liberalismo social
 - 2.4.1.6 Crisis del estado de bienestar
 - 2.4.2 La ofensiva neoliberal y la flexibilización
 - 2.4.2.1 La flexibilidad para el neoliberalismo
 - 2.4.2.2 ¿La flexibilidad para el neoliberalismo es un imperativo competitivo?

- 2.4.3.-La política laboral neoliberal: la flexibilización del trabajo
- 2.5 Medios para introducir la flexibilidad
 - 2.5.1 Legislación
 - 2.5.2 Negociación colectiva
 - 2.5.3 El contrato de trabajo
- 2.6 Balance: argumentos a favor y en contra de la flexibilidad laboral
 - 2.6.1 Postulados a favor de la flexibilidad laboral
 - 2.6.2 Postulados en contra de la flexibilidad laboral

CAPÍTULO III

LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL DERECHO PERUANO

- 3.1 El fracaso del populismo y el auge del neoliberalismo: recepción de la flexibilización del trabajo
- 3.2 Libertad de contratación en el derecho individual
 - 3.2.1 Remuneraciones
 - 3.2.4 Despidos
 - 3.2.5 El contrato de trabajo
- 3.3 Intervencionismo estatal en el derecho colectivo
 - 3.3.1. Sindicación
 - 3.3.2. Negociación colectiva
 - 3.3.3. Convención colectiva
 - 3.3.4. Huelga
 - 3.3.5. Ley de relaciones colectivas (TUO del Dec. Leg. 728, D.S. 010-2003-TR)
- 3.4 Balance de la flexibilización llevada a cabo en el Perú: aspectos positivos y negativos
 - 3.4.1 ¿Aspectos positivos?
 - 3.4.2 Aspectos negativos
 - 3.4.2.1 En la flexibilización de los salarios
 - 3.4.2.2 En la flexibilización de los contratos de trabajo
 - 3.4.2.3 En la flexibilización de la jornada de trabajo
 - 3.4.2.4 En la flexibilización de las relaciones colectivas de trabajo

CAPÍTULO IV

LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

- 4.1 En Europa
 - 4.1.1 Flexibilización en España
 - 4.1.2 Flexibilización en Italia
 - 4.1.3 Flexibilización en Alemania
 - 4.1.4 Flexibilización en Francia
 - 4.1.5 Flexibilización en Bélgica
- 4.2 En Latinoamérica
 - 4.2.1 Argentina
 - 4.2.2 Brasil
 - 4.2.3 Colombia
 - 4.2.4 Costa rica
 - 4.2.5 Cuba
 - 4.2.6 Chile
 - 4.2.7 Ecuador
 - 4.2.8 El salvador
 - 4.2.9 México

- 4.2.10 Nicaragua
- 4.2.11 Panamá
- 4.2.12. Paraguay
- 4.2.13 Venezuela

CAPÍTULO V

PAPEL PROTAGÓNICO DEL MOVIMIENTO SINDICAL FRENTE AL DESAFÍO NEOLIBERAL

- 5.1 Introducción
- 5.2 Crisis del sindicalismo latinoamericano
 - 5.2.1 Problemas y retos de las organizaciones sindicales con relación a la negociación colectiva. las nuevas necesidades en un contexto de crisis. la revisión y el cambio. la negociación colectiva como base de una verdadera concertación.
- 5.3 La experiencia del sindicalismo europeo
 - 5.3.1 Excurso: el sindicalismo español
- 5.4 Retos del movimiento sindical
- 5.5 Líneas de acción sindicales a seguir

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre la legislación laboral y su entorno económico suscitaban ya mayor preocupación hacia principios de los ochenta, a la luz de la crisis internacional y sobre todo después de la explosión de la deuda externa, cuyo manejo escapó al control de varias de las economías más fuertes de la región.

Al propio tiempo se acentuaba el cuestionamiento del modelo proteccionista que, según sus sostenedores, daba muestras de agotamiento e incapacidad para mantener el crecimiento, generar empleos productivos, controlar la inflación y mejorar o cuando menos mantener el nivel de los ingresos. Ya en los sesenta el régimen militar brasileño había ensayado un modelo de crecimiento *hacia afuera*, apoyado en un estado intervencionista y con un fuerte nivel de regulación del mercado interno. Este modelo se tradujo en una expansión espectacular de la industria nacional, pero también se pagó con inflación y endeudamiento; hacia finales de los ochenta ya se consideraba agotado.

Una estrategia muy diferente fue la que siguió Chile a partir de finales de los setenta, bajo la influencia del pensamiento neoliberal de la llamada *Escuela de Chicago*, uno de cuyos postulados es la fe en la capacidad del mercado para realizar los grandes arbitrajes de la economía. El modelo chileno incluyó medidas como la privatización de empresas estatales, reorganización de la tributación, reducción de los aranceles aduaneros y apertura de los mercados a la competencia internacional. Se suprimieron, asimismo, subsidios al sector privado, disminuyeron los gastos sociales, se redujo la administración pública y se privatizó el sistema de pensiones. Al precio de un alto costo social, se dice que el éxito económico de la estrategia chilena hoy no se puede ignorar; de ahí que surgieron muchos émulos que en distintos países de América latina formularon programas semejantes, llamados de *ajuste estructural*, contando para el efecto con el apoyo de las instituciones financieras internacionales. Figuran entre ellos Bolivia, Costa Rica y México, a partir de 1985, Colombia en 1990, la Argentina en 1991, Perú en 1992, Brasil en 1994. Al propio tiempo se tomaban medidas para intensificar el comercio intra-regional, tales como la revitalización del Pacto Andino (entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), la creación del MERCOSUR entre la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, o la firma en 1992 del Tratado de Libre Comercio, más conocido por su acrónimo inglés NAFTA, entre México, los Estados Unidos y Canadá.

Hoy día buena parte del debate no apunta hacia la cuestión de si hay que revisar *a la baja* o no las garantías laborales, pues una mayoría de países ya lo ha hecho, sino más bien hasta donde se debe ir en esta vía, ya que apenas hecha una revisión *a la baja* surgen nuevas voces que consideran que no es suficiente; por lo que proponen que se continúe *“flexibilizando”* aún más la legislación laboral.

La Argentina, en donde ya se hicieron dos grandes reformas *“flexibilizadoras”*, en 1991 y 1995, respectivamente, aún se insiste hoy, por parte de los sectores más recalcitrantes del neoliberalismo, de que las mismas no fueron suficientes para bajar el costo de la mano de obra es quizás el paradigma de esta tendencia, pero no el único ejemplo.

Sin embargo, todos estos llamamientos a una mayor flexibilidad laboral parecerían ignorar que numerosos países ya han llevado a cabo importantes flexibilizaciones de sus mercados de trabajo; mencionemos entre ellos a la Argentina, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú, y luego Venezuela y Brasil. Además, quizás no se detienen lo suficiente para examinar si el mercado de trabajo es rígido, como se aduce, o si en realidad no es mucho más *flexible* que lo

que se supone, sea a veces porque la reglamentación es menos dura de lo que se supone, y otras porque la flexibilización opera *de facto*, mediante la inveterada costumbre de incumplir la ley y la altísima tasa de informalidad.

Ello sin hablar de que el nivel de protección social, lo mismo que los niveles salariales de América Latina son muy inferiores a los prevalecientes en los países de Europa, que son realidades muy diferentes.

De esta forma, el debate también ha carecido de perspectiva histórica, pues no se ha detenido en un punto que parece fundamental: la legislación laboral surgió como una respuesta a la evidencia de que, librado a sus propias leyes, el mercado no funciona todo lo bien que afirman sus defensores a ultranza, pues crea disfunciones sociales.

Convendría examinar qué hay de real y qué hay de ideológico en este debate, en donde inclusive la expresión *Derecho del Trabajo* tiende a ser sustituida por la de *reglamentación del mercado de trabajo*, siendo así que las diferencias entre ambas denominaciones van mucho más allá de una simple cuestión de semántica. Si nadie cuestiona ahora que cierta dosis de *flexibilidad* fue en algún aspecto necesaria, tampoco se debe ignorar que el retorno puro y simple a la ley del mercado no favorece al mantenimiento de ningún proyecto social serio y equilibrado.

Al propio tiempo - y esta es una evolución que también debe destacarse - se observa que también se han ensanchado los espacios -tradicionalmente muy limitados- que el Estado reservaba a la autonomía colectiva, y que numerosos países también han revisado su legislación para ofrecer mayor espacio a la libertad sindical. Dentro de esta perspectiva surge la idea de la *flexibilidad negociada*, que se expresa a través de la llamada *disponibilidad colectiva*, la que lleva implícita la propuesta de que las *flexibilizaciones* se hagan con los trabajadores y no contra ellos. Así lo han comprendido algunos países, cuyas reformas laborales se llevaron a cabo tras un debate -y una negociación- en la que han participado tanto los sectores patronales como los sindicales. Y en otros casos de agravamiento de las contradicciones, con la participación del Estado como ARBITRO a través de los Pactos Sociales como sucedió, por ejemplo, con el Pacto de la Moncloa en su momento.

A todas estas evoluciones -¿ o involuciones?- se consagra la presente investigación. Con ese objeto se presentará, en primer lugar, un apretado panorama histórico de la legislación laboral, tal como existía en Europa y en América latina por lo menos hasta mediados de los años setenta, y se indicarán algunas claves para comprender su motivación social y política. De igual forma, se dedicará un capítulo especial para estudiar la flexibilización laboral en el Perú. Se presentará luego una reseña de las principales reformas que intervinieron desde entonces y las grandes líneas del debate suscitado en torno del tema de la *flexibilidad laboral*. Para el logro de nuestro objetivo, hemos empleado las opiniones de especialistas tanto nacionales como internacionales, las cuales se han complementado con nuestras apreciaciones, a fin de presentar en forma clara y precisa los respectivos tópicos que conforman la investigación.

Finalmente, para enriquecer la presente investigación formularemos las respectivas conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1 DESCRIPCIÓN, IDENTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Así como el derecho aparece como un orden social con el objeto de nivelar las desigualdades que existen entre las personas, el derecho de trabajo surge también como consecuencia de una desigualdad manifestada en la inferioridad económica del trabajador. Pero, esta desigualdad compensatoria no solamente se logra por el peso de la Ley, sino además por la fuerza que deriva de la unión de los trabajadores. Las normas laborales protectoras de la parte económicamente más débil de la relación de trabajo, caracterizada por su rigidez que aún hoy regulan el trabajo en la mayoría de los casos y que constituyeron un efectivo mecanismo de defensa de los trabajadores resultaron a la vez necesarias para el proceso productivo desde la desaparición del taller artesanal hasta la utilización de las grandes fábricas organizada en base a la cadena de montaje. Impusieron racionalidad a la producción y permitieron una mayor división del trabajo e impusieron racionalidad al mercado al someter a los empleadores y trabajadores a iguales normas.

En los últimos años, se han operado en los países industrializados cambios tecnológicos y organizativos, generando nuevas formas de organización de la producción y donde la racionalización mediante normas rígidas parece no ser necesarias. Ya no se habla de normas rígidas, sino de flexibilización. Por una parte, es fácil detectar un vínculo ideológico entre la tendencia a la flexibilización del trabajo y el pensamiento económico que han dado en llamar neoliberal.

Es así como en muchos casos, la invocación a la flexibilización responde al criterio de dejar actuar a las leyes del mercado y no intervenir en su funcionamiento con normas de conducta.

Somos conscientes de que no podemos permanecer insensibles a los cambios generados y por lo mismo podemos aceptar formas de adaptación a la nueva realidad. De allí que hablar de flexibilización no debería significar otra cosa que la demostración de la capacidad de adaptación de las normas del derecho del trabajo a los grandes cambios producidos en el mercado de trabajo. Empero, es evidente que esta expresión ha tenido una recepción negativa por cuanto su aplicación, especialmente en los países del Tercer Mundo ha significado en la práctica un debilitamiento y hasta una casi desaparición del carácter protector del derecho del Trabajo.

Y es que lamentablemente, hemos vuelto a cometer el mismo error de imitar modelos, muchas veces impuestos, que no se ajustan a nuestra realidad. El fenómeno de la flexibilización del trabajo tal como es concebido en los países desarrollados es consecuencia de los profundos cambios introducidos por las nuevas tecnologías en la manera de producir, cambios que aún no se han operado íntegramente entre nosotros. Por lo tanto, la aplicación de la flexibilización que se manifiesta de distintas formas en los países de occidente viene ocasionando graves efectos. Esta es nuestra preocupación latente y que constituye el tema central de la presente investigación.

El Movimiento Sindical que debería jugar un rol preponderante frente a este desafío Neoliberal que los sectores dominantes vienen imponiendo a la clase trabajadora, lamentablemente se encuentra totalmente debilitado por las políticas más que flexibilizadoras desreguladoras que se vienen aplicando, tal el caso de nuestro país, por ejemplo, especialmente en la época de Fujimori. Lo que significa que la clase trabajadora, dentro de una nueva toma de conciencia, tiene que reagruparse para reactivar y potenciar el Movimiento Sindical, en la perspectiva de responder con nuevas formas de acción y de lucha sindical.

Fortalecido y modernizado el movimiento sindical podrá tener la capacidad suficiente para negociar modelos propios de flexibilización para Latinoamérica que sean acordes con nuestra realidad económica y social. Existen las posibilidades de modificar válidamente las normas laborales sin atentar contra los principios que inspiran al derecho laboral, siempre y cuando, redefinamos la función de la norma estatal y la función de la autoridad administrativa laboral. El éxito de esta gestión dependerá de un movimiento sindical fuerte, capaz y modernizado que le permita negociar con el Estado y la clase empresarial políticas laborales concertadas.

1.2 IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema que analizaré en la presente investigación se encuentra dentro del campo sustantivo, del grado de eficiencia y utilidad que pudiera presentar la flexibilización de los derechos laborales en nuestro país. Siendo así, nuestro problema a resolver es saber:

“¿EN QUÉ MEDIDA HA SURGIDO Y CÓMO OPERA LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TRABAJO EN NUESTRO PAÍS?”.

1.3 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

A. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación se desarrollará en los Juzgados Laborales del Distrito Judicial de Lima.

B. DELIMITACIÓN TEMPORAL

La investigación se desarrollará en el período de tiempo del 2000 – 2004.

C. DELIMITACIÓN SOCIAL

Se entrevistarán a Jueces, Abogados, Catedráticos (especialistas en Derecho Laboral), Sindicalistas, Trabajadores del sector público y privado, así como, público en general.

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1 OBJETIVOS GENERALES

- Evaluar la adopción del fenómeno de la flexibilización del trabajo por Latinoamérica tal como ha sido concebida en los países industrializados, poniendo énfasis en su

incidencia en los aspectos económicos y normativos, sus mecanismos de aplicación y su impacto en el derecho laboral.

1.2.2 OBJETIVOS ESPECIALES

- Conocer cabalmente el fenómeno de la flexibilización del trabajo desde sus orígenes hasta sus distintas manifestaciones en los países desarrollados, sus repercusiones y sus posibles escenarios futuros.
- Diagnosticar las causas de la crisis de América Latina.
- Evaluar los efectos que se está produciendo en América latina a través de la imposición de formas de flexibilización que no ajustan a nuestra realidad, especialmente el caso peruano.
- Demostrar que la creación de modelos propios de flexibilización modificando válidamente las normas laborales acordes con la realidad Latinoamérica y aplicadas dentro de un clima de concertación social sí podrían dar resultados óptimos.
- Definir el rol del movimiento sindical frente al desafío neoliberal tal como se nos presenta las causas de la crisis y nuevas formas de acción y de lucha sindical a seguir.

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

De la descripción de la realidad problemática se aprecia la necesidad de realizar esta investigación, porque, tanto en sede legislativo, ejecutivo y judicial, así como a nivel doctrinal, se vislumbra una serie de contradicciones de operatividad de esta figura, debido a la falta de conocimiento técnico y racional manejo del fenómeno de flexibilización laboral. Frente a ello, las razones de justificación de este estudio giran en torno a un contenido teórico, así como, metodológico.

• TEÓRICA

El tema que nos ocupa presenta como justificación teórica el explicar, dogmáticamente, la flexibilización en el trabajo. Al respecto, pretendemos esbozar la investigación a fin de que *responda e interrelacione* los siguientes componentes:

1. Ontológico.- Porque atenderemos los contenidos empírico – sociales que fundamentan la invocación y aplicación de la flexibilidad laboral.
2. Praxológico.- Porque analizaremos la postura adoptada por el sistema judicial en los últimos años con relación a la ratio essendi de la flexibilidad laboral.
3. Teorético.- Porque utilizaremos la doctrina, conceptos y taxonomias existentes de la materia que nos ocupa.

4. Lógico – Mesológico.- Porque pretendemos eliminar toda contradicción interna a nuestro modelo teórico, confiriéndole consistencia; y de esta forma, alcanzar nuestros objetivos inmediatos u operacionales, así como, los terminales o finales.
5. Axiológico.- Porque nuestro modelo teórico pretende ser respetuoso al criterio de justicia material, así como, a los principios de eficiencia, igualdad, libertad y tolerancia, proporcionalidad, entre otros.
6. Teleológico.- Porque esta investigación pretende presentar conclusiones que puedan operar tanto en la Política Social y Legislativa, así como en órgano jurisdiccional.

• METODOLÓGICA

El tema que nos ocupa presenta como justificación metodológica, responder, por un lado, a un modelo fundado en la epistemología, así como, a tipos de investigación (Vg. Investigación de síntesis – para revisar el material existente y evaluar qué se ha tratado sobre nuestro tema - , investigación operativa – para mejorar la traducción de las hipótesis en operaciones de investigación -, e, investigación epistemológica – que persigue hacer un análisis del lenguaje laboral-); y, por el otro lado, al impacto social; es decir, no buscar sólo una investigación dogmática, sino jurídico – social (esto último implica partir de nuestro modelo de sociedad – y no lo existente en otros países – y las responsabilidades que detentamos las personas – según el caso concreto, extraíbles a través de diversas técnicas, como las encuestas y entrevistas).

1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.4.3 HIPÓTESIS PRINCIPAL

“La flexibilización del trabajo es un fenómeno resultante de los cambios tecnológicos y organizativos producidos en los países industrializados. Esta política de corte neoliberal, tal como es concebida en esos países, viene siendo imitada por países como el nuestro sin que se hayan manifestado aún los cambios que la originaron. A estas diferencias estructurales de nuestra economía con la de los países desarrollados debemos agregarle aspectos normativos que harán que los efectos de dicha flexibilización sean mucho más graves en América Latina”.

1.4.4 HIPÓTESIS SECUNDARIAS

1. El auge del neoliberalismo en Latinoamérica no es sólo producto de influencias externas, sino también de la aplicación de políticas poco reflexivas; en ese aspecto, el llamado “populismo” ha resultado un fracaso en lo social y económico, de allí que nos hayan impuesto la forma de flexibilización del trabajo aplicadas en los países industrializados que no se ajustan a nuestra realidad.
2. La flexibilización del trabajo se traduce en un anti – intervencionismo estatal en el derecho laboral individual y en un intervencionismo estatal en el derecho laboral colectivo. Ocurre pues, que existe dentro del mismo modelo neoliberal una contradicción, ya que se está dejando de lado una política realmente liberal.

3. La flexibilización del trabajo tal como está siendo aplicada en nuestros países no está dando resultados positivos, como son: aumento de las inversiones, la producción y la productividad y el empleo. Por el contrario han crecido el desempleo, el subempleo y el sector informal y, pese a que ha disminuido la inflación, es evidente que continúa vigente la recesión.
4. La forma de flexibilización ideada para la realidad Latinoamérica en forma bien aplicada podrían dar resultados óptimos si modificamos las normas laborales sin atentar contra los principios sobre los cuales se ha elaborado el Derecho del Trabajo. Ello implica revisar y redefinir la función de la norma estatal y la función de la autoridad administrativa laboral, potencializando la negociación colectiva.
5. El replanteo del papel del Estado respecto de las relaciones laborales solo se podrá llevar a cabo si existe un consenso generalizado entre todos los actores sociales. Para ello, la acción estatal ha de seguir manteniendo la función de garantía de unos mínimos y dejar que los protagonistas sociales realicen sus objetivos y sólo se acuda a su intervención cuando aquellos no estén en condiciones de hacerlo o cuando por su actuación pueda afectar el bien común.
6. El desarrollo histórico del derecho del trabajo muestra que este se origina por una especial necesidad de protección; primero de los obreros fabriles y después de los trabajadores en general. Por eso, el trabajo es, ante todo, un derecho protector de los trabajadores entendiéndose la expresión en el sentido más amplio.
7. Hoy la crisis del sindicalismo es un hecho. Esto se traduce principalmente en la pérdida de afiliación en los sindicatos y en la heterogeneidad social e ideológica de las organizaciones sindicales. A ella debemos sumarle la agonía de viejas concepciones, los cambios ocurridos en Europa Oriental y la irrupción del neoliberalismo. Para evitar esto, el movimiento sindical deberá repensar su concepción acerca del trabajo, ya que su preocupación hasta hoy ha sido el trabajo asalariado cuyo eje es el obrero industrial y entender cabalmente la interpretación de los modelos neoliberales.

1.5 METODOLOGÍA

1.5.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

1.5.1.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo es una investigación de tipo APLICATIVA, que requiere de una descripción de las características más significativas del contenido de la flexibilización laboral.

1.5.1.2 NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Asimismo, la investigación es de un nivel CORRELACIONAL y EXPLORATIVO.

Es correlacional, dado que, tiene el propósito de precisar en que medida las variables se relacionan mutuamente. Así, la investigación será un estudio longitudinal para medir o determinar en el tiempo, la eficacia de la flexibilidad laboral.

Además, se analizará la *ratio essendi* de la flexibilidad laboral, vale decir que lo que se busca es: presentar, detallar, interpretar y explicar todo lo referente a esta institución, presentando las principales manifestaciones de ésta (naturaleza actual y estructura). En efecto, describiremos los aspectos conceptuales de esta figura, su presencia en otras legislaciones, su tratamiento en el Sistema jurídico peruano y la problemática que éste presenta en nuestro país.

1.5.2 MÉTODO Y DISEÑO DEL ESTUDIO

1.5.2.1 MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Los métodos científicos empleados en la investigación son:

- **MÉTODO ANÁLISIS – SÍNTESIS.**- A través de este método se descompondrá en parte la figura de la flexibilización en el trabajo, para estudiar las situaciones, efectos y disfuncionalidades que se presentan en esta figura.
- **MÉTODO DESCRIPTIVO – EXPLICATIVO.**- Mediante este método se acopiará toda la información sobre la actuación de los Jueces en la ventilación de procesos laborales en que giren entorno a la flexibilización en el trabajo, en forma ordenada y sistemática, a fin de explicar a cabalidad esta figura.
- **MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.**- A través del método inductivo, se partirá de las situaciones particulares o específicas del tratamiento jurídico de la flexibilización en el trabajo, a fin de llegar a lo general de esa figura. Asimismo, con el método deductivo, se seguirá el procedimiento inverso.
- **MÉTODO COMPARATIVO.**- Mediante este método se confrontará y comparará el tratamiento legislativo y judicial de la flexibilización en el trabajo en nuestro sistema jurídico con relación a otros sistemas jurídicos, a fin de llegar a comprender las características peculiares de esta figura.

1.5.2.2 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Se ha indicado que esta investigación es de Tipo Aplicativo, de Nivel Explorativo - Correlacional, con lo cual podremos establecer y probar el grado de eficacia de la flexibilización laboral en nuestro país, de esta manera para poder explicar la relación entre hipótesis e indicadores.

El diseño específico en la verificación de la hipótesis estará orientado por el siguiente esquema:

M	O _x	M, es la muestra representativa
	r	O _x , observaciones de la variable "x"
	O _y	O _y , observaciones de las variable "y"
		r, nivel de correlación entre O _x y O _y

La hipótesis se comprobará utilizando el presente diseño de investigación, midiendo el nivel de correlación existente entre las variables “x” y “y”, recolectando datos a través de uno o varios instrumentos de medición y analizando e interpretando dichos datos. Luego de lo cual podremos saber cómo se puede comportar la variable “y” en función de la variable “x”.

1.5.3 FUENTES DE INFORMACIÓN EMPÍRICA

- ENCUESTAS.- A los operadores del derecho y a los sujetos procesales a fin de tener conocimiento sobre el tratamiento jurídico de la flexibilidad laboral.
- CUESTIONARIOS.- A personal del Poder Judicial, así como, a Abogados, Procuradores y litigantes.
- ENTREVISTAS.- A personal del Poder Judicial, respecto a los criterios utilizado para el análisis y tratamiento de la flexibilidad laboral.
- REVISIÓN DE CASOS.
- REVISIÓN DE LIBROS Y REVISTAS JURÍDICAS.

1.6 ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS

En el capítulo II de la tesis, se va a definir el fenómeno de la flexibilización del trabajo, la forma de flexibilización concebida en los países desarrollados a raíz de los acontecimientos ocurridos en Europa en la década de los '70 que originaron el resurgimiento del pensamiento neoliberal y además se hará mención a las experiencias de algunos países que han aplicado la flexibilidad y un esbozo prospectivo de los escenarios futuros en occidente.

En el capítulo III se va a validar cuál es la razón o cuáles son las razones por la que Latinoamérica ha adoptado la flexibilización del trabajo tal como ha sido ideada por los países industrializados; cuáles son sus efectos hasta el momento y qué incidencias ha tenido en nuestro país sobre el marco económico.

En el capítulo IV como respuesta la cuarta, quinta y sexta hipótesis elaborada se va a analizar nuestros aspectos normativos procurando determinar que posibilidades existen de modificar válidamente las normas laborales sin vulnerar los principios que inspiran al derecho laboral, señalar qué papel deberá desempeñar el Estado en este aspecto y como corolario desarrollar una concepción más amplia del trabajo.

Por último en el capítulo V y acorde con la séptima hipótesis secundaria, se van a exponer las causas de la crisis del sindicalismo, sus retos y que rol deberá asumir frente al resurgimiento del neo liberalismo.

1.7 APOORTE A LA CIENCIA JURÍDICA

La presente investigación buscará exponer la urgente necesidad de prestar atención a las estrategias de las organización y a las formas de acción colectiva. En este sentido, el debate en torno a la flexibilidad brinda una oportunidad para analizar los cambios en el modelo de relaciones laborales, incluso en el nivel micro.

La flexibilización como instrumento destinado a adecuar las economías a los cambios tecnológicos y la modernidad – reconversión industrial – no puede, de modo alguno, afectar la naturaleza misma de los derechos básicos y fundamentales de los trabajadores.

Frente a ello, la tesis, en el ítem de recomendaciones, elaborará propuestas para la adecuación del marco legal a los principios y garantías laborales (individual y colectiva), reforzando el papel de los sindicatos.

CAPÍTULO II LA FLEXIBILIZACIÓN

2.1 CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD

Las empresas que solían estar protegidas por las fronteras y las instituciones deben hacer frente ahora a fuertes tensiones competitivas como consecuencia de la mundialización económica y la innovación tecnológica. La competitividad de una empresa en una economía de mercado depende en gran medida de su capacidad de adaptarse a los cambios que registran los mercados y de aprovechar las últimas innovaciones tecnológicas. Existe la amplia creencia de que para mejorar esta capacidad el laboral tiene que ser más flexible. Habida cuenta de que el aumento de competitividad y el consiguiente crecimiento económico facilitan la creación de trabajo - aunque no de manera automática - los empleadores y dirigentes consideran que el establecimiento de mercados de trabajo constituye la clave para resolver los persistentes niveles de elevada desocupación en muchas partes del mundo. En consecuencia, se están introduciendo cambios en los mercados laborales de todo el mundo a ritmo acelerado aumentando la flexibilidad laboral.

La noción de una mayor flexibilización del mercado de trabajo no es un fenómeno nuevo. Por su parte, los empleadores han tratado desde hace tiempo de introducir una mayor flexibilidad en las prácticas laborales. Ya en 1964 Alan Flanders escribió acerca de los “Acuerdos de Fawley sobre productividad” que transformaron la organización del trabajo y las políticas de remuneración de una refinería británica de petróleo y gas. Estos acuerdos se caracterizaron por dos rasgos principales. El primero fue el pacto alcanzado en materia de productividad, en virtud del cual la empresa convino en aumentar la remuneración hasta el 40 por ciento a cambio de que los sindicatos aprobasen los cambios introducidos en la práctica laboral. Entre estos cambios cabe citar la reducción de las fronteras entre puestos de trabajo,¹ el re despliegue de los trabajadores y el aumento del trabajo en turnos temporales y permanentes. El segundo rasgo fue una importante disminución de la realización sistemática de horas extraordinarias, que habían alcanzado un máximo del 18 por ciento del número total de horas trabajadas.

Muchos años después observamos la presencia de negociaciones que se refieren a numerosos cambios de esta clase. No obstante, hoy en día existe una diferencia en cuanto al ritmo en que se alcanzan acuerdos en materia de flexibilidad. Flanders señal que los acuerdos de Fawley *«carecían de precedentes y ni tan siquiera de comparación próxima en la historia de la negociación colectiva en Gran Bretaña»*, o incluso en el mundo. Pero lo que entonces era una rareza, hoy se ha convertido en una tendencia cada vez mas extendida.

Sin embargo, la flexibilidad -que según palabras de Mario Pasco, es hoy casi un nombre propio- tiene tantos partidarios fervientes como opositores enconados. Los primeros, que se reclutan entre los medios empresariales, a menudo también en los círculos gubernamentales, y en mucha menor medida en una parte de la doctrina del Derecho del Trabajo.

1 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). “NEGOCIAR LA FLEXIBILIDAD: FUNCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y DEL ESTADO”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra – Suiza, 2000, Pág. 05.

2 Cfr. DUNLOP, John T. “SISTEMAS DE RELACIONES INDUSTRIALES”, Ediciones Península, Barcelona – España, 1978, Págs. 32 y sgts.

Se apoyan en argumentos elaborados por economistas, quienes parecería que conciben a la flexibilidad como si fuera una panacea milagrosa que resolverá una buena parte de los males que hoy sufre el mercado de trabajo. Esperan que la flexibilidad terminará con la hipertrofia legislativa y el hiperproteccionismo a favor del trabajador, los que se supone que han creado un inmovilismo perjudicial, en primer lugar para la buena gestión de las empresas, y en segundo para las propias oportunidades de empleo, que se ven desalentadas. Los segundos, representados por la casi totalidad del movimiento sindical y por una amplia mayoría de la doctrina de Derecho de Trabajo, parecen por el contrario considerar que la flexibilidad es una especie de poción maléfica.

La tesis central argumentada en estas paginas consiste en señalar que la estructura del modelo de relaciones laborales esta siendo modificada por las estrategias de flexibilidad. En este sentido, una de las propuestas de esta tesis es contestar a la teoría estructural -funcionalista,² según la cual los modelos de relaciones laborales tienden a converger en un modelo único de institucionalización del conflicto debido a que los actores se encuentran sometidos a la prioridad de dar respuestas a determinadas funciones del sistema económico.

Según este enfoque, en la sociedad industrial hay una lógica subyacente que, impulsada por el desarrollo económico, da lugar a una creciente similitud en las instituciones laborales. La sociedad industrial implica demandas funcionales muy concretas a las instituciones sociales para que se adapten a las exigencias de la economía, de modo que el rol de los actores se circunscribe a desarrollar una <<red de normas>> para regular el mercado de trabajo. En pocas palabras, para el funcionalismo las estructuras generan patrones de estabilidad, poseen una realidad independiente de la acción de los agentes sociales. ***Frente a este enfoque determinista nosotros sostenemos que, por el contrario, se debe prestar atención a las estrategias de las organización y a las formas de acción colectiva. En este sentido, el debate en torno a la flexibilidad brinda una oportunidad para analizar los cambios en el modelo de relaciones laborales, incluso en el nivel micro.*** En efecto, las estrategias empresariales de flexibilidad, las políticas gubernamentales de desregulación jurídico-institucional y determinadas formas de acción sindical están dando lugar, a nuestro juicio, a un proceso de diversificación de las relaciones laborales, o sea, lo contrario de la convergencia y la uniformización.

Los cambios en las relaciones laborales se derivan de las respuestas de las empresas a las turbulencias del entorno. ***En efecto, a finales de la década de los setenta muchos analistas y estudiosos de las relaciones laborales estimaban la existencia de rigideces jurídico-institucionales en el sistema de relaciones laborales fordista, así como rigideces técnico-organizativas en el proceso productivo. En el contexto de la crisis económica dichas rigideces dificultaban las medidas de ajustes de las empresas ante la incertidumbre y la fluctuaciones de la demanda en los mercados.***³

Las respuestas empresariales a las citadas rigideces ha consistido, durante la década de los ochenta, en el desarrollo de nuevas estrategias inspiradas en la idea de flexibilidad o flexibilidades. Por lo general, este concepto polisémico se refiere al conjunto de medidas puestas en practica por una organización productiva (macro y micro económica) para controlar las incertidumbres y las fluctuaciones a las que se enfrenta en los mercados. A nivel de

³ Cfr. SABEL, Charles. "TRABAJO Y POLÍTICA", Ministerio de Trabajo, Madrid – España, 1985, Pág. 13.

empresa, el concepto de flexibilidad designa el modo de adecuar el sistema productivo, la organización del trabajo y los recursos humanos disponibles a las variaciones de la demanda en cantidad y calidad, así como a la diversificación de productos. En pocas palabras, la flexibilidad persigue el ajuste de la empresa a las situaciones de incertidumbre.

Bajo la idea de flexibilidad las empresas han emprendido durante los últimos años acciones tales como la descentralización de la producción en las grandes fabricas; sustituciones de determinadas áreas de empleo por servicios de subcontratas; introducción de maquinaria flexible polivalente mas adecuada para producir frente a las variaciones y la segmentación de la demanda; diversificación de la producción; políticas de diferenciación salarial según cualificaciones laborales y entre puestos de trabajo estratégicos y menos importantes; nuevas formas de gestión individualizada de la fuerza de trabajo y modos de contratación temporal del empleo.

En conjunto todas estas medidas empresariales pretenden dotar de una mayor capacidad de ajuste y de flexibilidad a las unidades de producción y han repercutido sobre las relaciones laborales, particularmente, sobre la acción sindical en la empresa. En efecto, el declive de la gran empresa fordista presenta rasgos y efectos comunes en la mayoría de los países europeos. Los procesos de reorganización de la producción han influido en las relaciones laborales de dos maneras. Por un lado, ha modificado la composición de la fuerza de trabajo, lo que supone cambios en la base de representación de los sindicatos. Por otro lado, en añadidura, la reorganización ha dado lugar a cambios en las prioridades de las empresas, lo que afecta a las estrategias empresariales sobre las relaciones laborales.

Por otro lado, durante la década de los ochenta el término flexibilidad fue justificada como supuesto modelo que solucionaría los problemas de esquemas rígidos en el ámbito laboral. Estas rigideces son:

- **Las rigideces del modelo de grandes unidades de producción en serie**

Cabe apuntar que durante varias décadas ha dominado la tesis de que la división del trabajo, parcelización y recomposición del mismo bajo una gran fabrica permitía alcanzar mayores cuotas de productividad en base a la producción en series estandarizadas. En esta idea parecen coincidir los analistas ya citados, que apuntan la enorme reducción de costos gracias a la economía de escalas en el contexto de mercados estables y en expansión. En efecto, durante el periodo que oscila entre los años cincuenta hasta mediados los setenta los países industriales alcanzaron un crecimiento sin precedentes y un clima de prosperidad gracias a la lógica fordista de producción masiva combinada con una organización social del consumo.⁴

Sin embargo, a mediados de los años sesenta el modelo de crecimiento basado en la producción y consumo masivo entra en crisis.⁵ La crisis de la producción en serie tiene diferentes causal entrelazadas. Se pueden distinguir dos bloques de factores perturbadores. Un primer bloque que podríamos considerar como perturbaciones externas, en los que se cuentan **las dos crisis del petróleo, de 1973 y 1979**, con la consiguiente inestabilidad derivada sobre los costos energéticos y dificultades de adaptación de la gran industria. A ello se le debe añadir la irrupción en el comercio internacional de los llamados países en vías de desarrollo, con

4 Cfr. BOYER, Robert. "LA FLEXIBILIDAD DEL TRABAJO EN EUROPA", Ministerio de Trabajo, Madrid – España, 1986, Pág. 52.

5 Cfr. GAURON, André. "CRECIMIENTO Y CRISIS", Editorial Siglo XXI, Madrid – España, 1987, Pág. 12.

precios competitivos.

En el bloque de causas o perturbaciones internas podemos apuntar la tendencia a la saturación de los mercados interiores en los países de capitalismo avanzado; durante las décadas de los cincuenta a los setenta se elevó el consumo de automóviles y electrodomésticos. Paralela a dicha saturación de productos estandarizados emerge una tendencia a la diversificación de la demanda, a tenor también del mayor nivel de vida alcanzado y al cambio en las pautas de consumo. La característica de la nueva demanda es la diversificación de modelos y calidades por parte de los clientes. Pero lo que aquí nos interesa resaltar es que el cambio registrado en la demanda pone de relieve las dificultades de adaptación de la maquinaria grande (rígida) pensada para producir en series estandarizadas. Finalmente, a todo ello se deben añadir las políticas económicas restrictivas, lo que desacelera el consumo masivo desde finales de los setenta.

En otras palabras, el conjunto de las perturbaciones parecen dar lugar a una nueva situación: así el contexto de los años ochenta pone en evidencia un escenario de incertidumbre, inestabilidad y fluctuaciones en la demanda, ante la cual las grandes empresas tienen dificultades para adoptar mecanismos de ajuste dada la rigidez de su estructura. Según los dirigentes empresariales se registran serias dificultades de ajuste en las grandes unidades de producción. Entre estas dificultades podemos mencionar la complejidad organizativa y de gestión, las dificultades para la motivación a directivos y trabajadores, las dificultades de gobernabilidad y disciplinas en las relaciones laborales dado el grado de institucionalización de las relaciones laborales que, junto con la presencia de los sindicatos en la empresa, posibilitaban una mayor resistencia obrera.

- **Rigideces técnico-organizativas**

En cuanto al segundo elemento de rigidez, la tesis de Albert Recio⁶ pone de relieve una serie de factores denominados como rigideces técnico-organizativas que dificultan el ajuste de las empresas en el contexto de crisis e incertidumbre de los años ochenta. En efecto, el modelo de empresa taylorista-fordista, basado en grandes inversiones en maquinaria, apoyadas en una organización de la división del trabajo, propia de la economía de escala, posibilitó la producción en grandes series para atender la demanda de amplios mercados estables durante las décadas anteriores.

Por el contrario, en situaciones de crisis de contracción de los mercados y fluctuaciones de la demanda, junto con caídas de las ventas, ha comportado planteamientos de ajustes en la capacidad productiva instalada. Particularmente en los procesos productivos altamente mecanizados y estáticos, característicos de la gran empresa, que presentan una serie de rigideces. Por ejemplo, una de las rigideces más notorias es la insensibilidad de la producción en serie a las variaciones de los precios en situaciones de incertidumbre; a ello se le deben añadir los elevados costos fijos que implican el mantenimiento de las grandes instalaciones industriales.

Otra dificultad técnico-organizativa la representa la maquinaria preparada para tirar grandes series a bajo costo por unidad de producto. En la nueva situación de fluctuación y contracción de la demanda, cambios y diversificación en los productos demandados por el mercado y necesidad de producir en base a series cortas dada la brevedad comercial de los productos, muestran que la gran maquinaria y la extrema división taylorista del trabajo resultan

⁶ Cfr. RECIO, Albert. "FLEXIBILIDAD, EFICIENCIA Y DESIGUALDAD: NOTAS SOBRE LA FLEXIBILIDAD LABORAL", En: *Rev. Sociología del Trabajo*, N° '01, Madrid – España, 1989, Págs. 98 y sgts.

rígidas en el nuevo contexto. La gran empresa industrial tiene dificultades de diversificación en los productos; de adaptabilidad en la cantidad producida; de versatilidad en cuanto a la variación cualitativa del producto de la empresa y de alterabilidad en la capacidad para variar el sistema productivo.

Además la gran maquinaria supone la existencia de puestos de trabajo definidos y una plantilla estable con puestos de trabajo delimitados e individualizados, lo que se traduce también en dificultades de ajuste. Estas dificultades varían de empresa a empresa, depende del sector y tipo de producto; en todo caso es de intuir que las mayores dificultades aparecen en la industria de proceso continuo y en las empresas con una organización taylorista del trabajo. Con todo, el principal ajuste de plantilla se realizara durante los años ochenta a través de la reorganización tecnológica, lo que implicará transformaciones radicales en la estructura de la empresa.

- **Rigideces institucionales**

El tercer elemento de rigidez es de tipo institucional. La concentración de mano de obra en grandes unidades de producción, junto con la estabilidad del empleo, ha favorecido la organización de los sindicatos en la empresa a través de las secciones sindicales y los Comités de Empresa. Las normativas y ordenanzas laborales, las organizaciones sindicales, los hábitos y costumbres en el interior de la empresa han implicado rigideces que han garantizado los ajustes. De ahí que algunos teóricos hayan calificado como esclerótico al sistema de relaciones laborales.⁷

Las principales rigideces laborales en el interior de las grandes empresas son, en primer lugar, las referidas a la contratación. El empleo estable, si bien ha asegurado a los empresarios disponer de una fuerza de trabajo garantizadora de un determinado nivel de producción y la formación en el trabajo, mas una reducción de los costes de rotación y un cierto grado de compromiso laboral, también ha servido para reforzar el papel negociador de la fuerza de trabajo y la aparición, de grupos formales e informales en el seno de la empresa, lo que se traduce en rigideces perturbadoras para la aplicación de los mecanismos de ajuste del empleo frente a las fluctuaciones económicas.

Por otro lado, las categorías laborales jerarquizadas y derivadas de la organización del trabajo, o bien negociadas y normativizadas en los convenios colectivos, ha supuesto una fuente de resistencia que ha dificultado la aplicación de políticas de movilidad y la polivalencia de la mano de obra dentro de la empresa: ha limitado la utilización de la fuerza de trabajo por parte de los empresarios.

A ello se debe añadir –según algunos- la rigidez derivada de la jornada de trabajo pactada con los sindicatos o inscrita en las normas laborales. La limitación de las horas extras y del trabajo a turnos, así como el control sindical en la empresa, parecen haber constituido una cierta dificultad para ampliar la jornada de trabajo y adecuarla a las alzas de la producción.

Finalmente, otro foco de problemas derivados de los factores institucionales son las

⁷ Cfr. BELASSA, Bela. “CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS POLÍTICAS SOCIALES EN LOS PAÍSES INDUSTRIALES”. En: *Rev. ICE*, N° 615, Madrid – España, 1984, Pág. 34.

llamadas rigideces salariales. La existencia de un sistema de retribuciones salariales fijas y las políticas sindicales de reducción del abanico salarial han obstaculizado los ajustes entre los costos salariales y el precio final del producto. Los empresarios han encontrado resistencias sindicales para la aplicación de sistemas de trabajo a destajo o trabajo por horas con retribuciones salariales variables. Aunque cabe matizar esta cuestión, ya que existen mecanismos de ajustes parciales en base a los sistemas de primas de producción que posibilitan la existencia de un salario-base bajo. Este sistema permite, en alguna medida, reducir costes salariales suprimiendo las primas cuando baja la producción hasta un cierto nivel.

En resumidas cuentas, ***las respuestas empresariales a todos estos factores institucionales perturbadores del ajuste han pasado por reclamar de las autoridades públicas una nueva normativa laboral flexibilizadora de la contratación y del despido, además de regulaciones temporales de empleo según las circunstancias de la producción, a lo que habría que añadir estrategias para reducir la resistencia de la categorías laborales e introducir principios de movilidad y polivalencia, así: como presiones por alargar la jornada, el trabajo a turnos y flexibilizar los salarios.***

Sin embargo, la flexibilidad del trabajo es un tema que se encuentra hoy en el centro de una polémica muy intensa y que ha dado lugar a una bibliografía hartamente copiosa. Iniciado en Europa Occidental a principios de los ochenta, el debate atraviesa océanos y figura en el orden de día de congresos, seminarios u otras reuniones científicas. Al propio tiempo motiva discusiones apasionadas entre autoridades públicas, políticos, economistas, empresarios y sindicatos. Pero además de presentar interés científico el tema es de una actualidad crucial pues se encuentra en el epicentro de la política social de muchos gobiernos, así como de negociaciones colectivas que han tenido lugar en diversos países, ante todo de Europa, pero igualmente, como lo destacan algunas de las monografías que aquí se reproducen, también de América latina. Los planteamientos relativos a la flexibilidad del trabajo también encuentran acogida en programas de ajuste y saneamiento económico que organismos internacionales de crédito, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, presentan a países del Tercer Mundo que solicitan su ayuda.

Ante ello, nos preguntamos: ***¿Qué se entiende por flexibilidad del trabajo?***. La lectura de las monografías muestra que la flexibilidad, como muchos otros conceptos que despiertan polémicas, no encierra una idea unívoca: en los distintos países existen diferentes ideas de lo que es la flexibilidad y existen formas muy variadas de "flexibilizar" el Derecho del Trabajo.

Si hay una idea común que se desprende, ella sería que la flexibilidad, antes que un concepto formulado en términos afirmativos es una reacción con respecto a alguna institución, alguna práctica del mercado de trabajo que se supone rígida. Ahora bien, cada país puede ofrecer una rigidez, real o presunta, en su mercado de trabajo, que es diferente a las rigideces que pueden existir en otros.⁸

8 Cfr. BRONSTEIN, Arturo. "FLEXIBILIDAD DEL TRABAJO: PANORAMA GENERAL". En: *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*, Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado / OIT, Ginebra – Suiza, 1989, Pág. 14,

esta definición, es tech advertir, destaca los as

No obstante, ¿Cuáles son las razones que han llevado a la flexibilización del mercado de trabajo sea hoy objeto de tanta atención?. Ha habido presiones de distinta naturaleza por una mayor flexibilidad, en primer lugar "desde arriba", por parte de empleadores y gobiernos; pero igualmente las ha habido "desde abajo", puesto que para ciertas categorías de trabajadores la flexibilidad presenta ventajas. Sin embargo son las presiones "desde arriba" que han recibido la mayor atención, y mas han estado en el centro del debate. De ellas nos ocuparemos inmediatamente.

Las presiones de los empresarios y gobiernos por una mayor flexibilidad están indisociablemente vinculadas a la crisis económica de los años setenta, crisis que puso fin a un largo ciclo de treinta años de crecimiento económico y progreso social, cuyos resultados fueron muy notorios en diversos aspectos que conciernen directamente al mercado de trabajo. Por un lado, se dio un importante progreso social "cuantitativo", bajo la forma de un mejoramiento sustancial de los ingresos, cuyo crecimiento siguió a menudo una curva ascendente más pronunciada que la de las ganancias de productividad. También se dieron importantes tendencias hacia el igualitarismo en los ingresos, igualitarismo que se expresó a través de la negociación colectiva por rama de industria. Acotemos que el mejoramiento de los ingresos no solamente benefició a las remuneraciones, sino además a los ingresos de origen no salarial, como lo atestigua la extraordinaria expansión de la seguridad social. Por el otro lado, el progreso social fue también "cualitativo": los "treinta gloriosos", como llamó Jean Fourastié a estos treinta años de expansión, fueron años de consolidación y refuerzo de los derechos del trabajador *al empleo* (protección contra los despidos injustificados) y dentro del empleo (reducción de la duración del trabajo, inalterabilidad de los derechos vinculados a la calificación profesional).

Ahora bien, ***la crisis económica de los años setenta, por un lado, la irrupción en el comercio mundial de los llamados "nuevos países industrializados", por el otro, pusieron termino a la euforia económica de los "treinta gloriosos", que había facilitado el progreso social.*** Se comenzaron a vivir tiempos más difíciles en donde la recesión económica vino de par con la inflación y muy particularmente con el desempleo. Este ultimo, que se vio agravado por las supresiones de empleo que siguieron a la revolución tecnológica, se erigió en el gran problema social y político de los años ochenta.

Entrando directamente en la conceptualización del vocablo *flexibilizar*, recurrimos a la Real Academia Española y a su Diccionario que nos dice que flexibilizar es: *hacer flexible alguna cosa, darle flexibilidad*. Por su parte, el adjetivo *flexible*, entre otras acepciones, considera la *disposición que tienen algunas cosas para doblarse fácilmente sin romperse*.⁹

Para Pradeñas: *"Flexibilizar el mercado de trabajo, para la doctrina neoliberal, es eliminar las rigideces en la economía provocadas por normas laborales proteccionistas del trabajador, para lo cual propugnan la reducción drástica de tales normas o la desaparición misma de los derechos laborales"*.¹⁰

Carlos de Buen ha definido la flexibilización como: *"la incapacidad de adaptar el Derecho laboral a las nuevas circunstancias en que se presenta el modo de producción; ésta suele ligarse a la crisis económica y a los cambios tecnológicos."*¹¹

9 Cfr. PRADENAS SUDY, Sergio. "ECONOMÍA DE MERCADO: FLEXIBILIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DESREGULACIÓN LABORAL, DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA". En: *Rev. Caballero*, Lima – Perú, 1992, Pág. 14. 10 Cfr. PRADENAS SUDY, Sergio. Ob. Cit., Pág. 14

Por su parte, Leite considera que: *“La flexibilidad no es más que una técnica moderna de garantía de empleo y por eso mismo, es el conjunto de medidas de fomento de empleos y de conservación de empleos existentes económicamente viables o socialmente imprescindibles”*. Similar opinión, la podemos encontrar en Romagnoli, para quien, *“la flexibilidad no implica anular las fuentes normativas, sino hacer que funcionen de manera diferente”*.

No obstante, Javier Mujica Petit indica que la visión flexibilizadora implica una desregulación, produciendo cambios en las relaciones individuales de trabajo, a favor de un desequilibrio en las relaciones de poder entre los empleadores y los trabajadores; se ha deslaborizado muchas formas típicas de la relación de trabajo; se han generalizado las modalidades de trabajo precario y la contratación eventual; se fomenta la intermediación, el lucro y la implantación de nuevas formas de explotación de la fuerza de trabajo en la contratación y sub contratación de trabajadores.¹²

Ante estas posiciones encontradas, podemos afirmar que uno de los objetivos principales de la tesis es la determinar la *ratio essendi* de la flexibilización y determinar si es tan importante para los empresarios y los trabajadores, o si bien, es un medio, por el cual, políticas gubernamentales eliminan garantías laborales pro empleador, quien no retribuye ningún beneficio como incremento de empleo, mejora de sueldos, etc.

Sin embargo, ***para nosotros, y teniendo en cuenta la vinculación que la flexibilización tiene con los modelos económicos, condicionantes de determinadas relaciones laborales, la flexibilidad no sería otra cosa que la exigencia impuesta por los sostenedores de la llamada economía de mercado, para que el legislador laboral adapte las normas del Derecho de Trabajo a las particularidades de tal modelo y a las exigencias del mercado.***

En efecto, la flexibilización es un fenómeno de carácter netamente económico, manejado a partir de la década de los años 70, por los economistas sostenedores de la economía neoliberal de mercado y que actualmente se trata que tenga incidencia en el campo del Derecho. La flexibilidad, como fenómeno económico, no obstante, ha existido siempre en la relación económica laboral pero sin la connotación que en la actualidad pretenden darle los sostenedores del neo – liberalismo.

Asimismo, en el Congreso del CLAT de 1991 se reveló una situación importante de la flexibilización, la cual, es tema central en la presente investigación: *“La moneda flexibilización, tiene como reverso lo que los juslaboralistas denominamos “la desregulación de la norma laboral”. Esta desregulación entendida como un proceso de eliminación de normas legales cuyo*

11 Cfr. DE BUEN, Carlos. “FLEXIBILIDAD DE LAS RELACIONES DE TRABAJO”, Universidad Madre y Maestra de Santiago de los Caballeros, Santo Domingo – República Dominicana, 1989, Pág. 47.

12 Cfr. MUJICA PETIT, Javier. “NECESITAMOS UNA REFORMA LABORAL DEMOCRÁTICA”. En: Diario “La República”, 06-03-1995, Lima – Perú, 1995, Pág. 19.

objetivo sería hacer más simple el proceso productivo y la relación laboral, no puede traducirse en una lesión al necesario equilibrio que debe existir en las relaciones laborales, lo cual es particularmente relevante en el ámbito del derecho individual. En conclusión, el proceso de reformas laborales en Latinoamérica no puede realizarse al margen de la opinión de los trabajadores, principales actores de cada proceso productivo, ni afectar en esencia sus derechos adquiridos.”¹³

Y esta situación se puede observar en Latinoamérica. En efecto, la *flexibilidad* es una expresión polisémica, especialmente en Latinoamérica, donde su uso ambiguo debería ser corregido, puesto que, como veremos en capítulos más adelante, las políticas de flexibilización han sido, en verdad, de mera desmejora impuesta unilateralmente por el Estado: desregulación salvaje presentada bajo el rótulo de flexibilidad.¹⁴

Desde esta perspectiva, ***la flexibilización como instrumento destinado a adecuar las economías a los cambios tecnológicos y la modernidad – reconversión industrial – no puede, de modo alguno, afectar la naturaleza misma de los derechos básicos y fundamentales de los trabajadores.*** Es decir, como flexibilización y Derecho son conceptos de naturaleza diversa, destinados a tener efectos en campos distintos de las ciencias humanas: jurídicamente, la flexibilización de las relaciones laborales no puede convertirse en un instrumento que opere exclusivamente a favor de los empleadores y que en nada beneficie a los trabajadores.

2.1.1 EXCURSO: FLEXIBILIDAD OFENSIVA Y FLEXIBILIDAD DEFENSIVA

La flexibilidad ofensiva busca mejorar la productividad apoyándose en un compromiso con los trabajadores. Se utiliza, por tanto, los viejos compromisos fordistas para decir a los trabajadores: bueno, ustedes tenían garantía de salarios y de empleo. Ustedes saben que hay competencia, entonces no vamos a licenciar, pero vamos a tratar de mejorar la competitividad. Es el caso de países como Japón, Alemania, Suecia, así como, en el norte de Italia.

La flexibilidad defensiva consiste simplemente en adaptarse a la competencia internacional sin cambiar de paradigma tecnológico: permaneciendo *taylorista*, pero disminuyendo el salario y desmantelando la legislación laboral. Es el caso de Estados Unidos, Inglaterra, España y Francia.

2.2 CLASES DE FLEXIBILIDAD

Cuando se analiza el concepto de flexibilidad, uno puede preguntarse si es que se está ante una presión empresarial para demoler las conquistas sociales o ante una adaptación de la legislación: ante una regresión o ante una modernización.¹⁵

También es posible preguntarse si se está en presencia de una o de muchas formas de

13 Cfr. CLAT. “ESTABILIDAD, PARTICIPACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN EN LA NUEVA LEGISLACIÓN DEL TRABAJO”. En: Conferencia latinoamericana sobre legislación laboral”, México D.F – México, 1991, Pág. 12.

14 Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. “FLEXIBILIDAD DEL DERECHO LABORAL EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS”. En: *Rev. Ius Et Veritas*, N° 04, Lima – Perú, 1991, Pág. 12.

15 Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. Cit., Pág. 13.

flexibilidad. Puede admitirse la existencia de muchas formas de flexibilizar, siendo posible señalar algunas de ellas.

Una primera clasificación es la planteada por J.C. Javillier, que sostiene que en realidad hay tres clases de flexibilidad, una de protección, otra de adaptación y otra de desregulación.

La primera, la flexibilidad de protección, constata que el Derecho laboral fue siempre flexible, sólo que en un único sentido. La norma laboral, por definición, ha sido siempre superable y adaptable en beneficio del trabajador. **La segunda, la flexibilidad de adaptación**, consiste en la adecuación de las normas legales rígidas a las nuevas circunstancias, a través de la negociación colectiva y en una valoración global de qué es lo más conveniente al trabajador; la idea central es que no estamos ante una derogación lisa y llana sino ante una adaptación que se hace a través de la autonomía colectiva. **La tercera es la flexibilidad de desregulación**, que si es de derogación simple y llana de beneficios laborales pre - existentes.

Junto a esta primera clasificación, hay una segunda que distingue diversas clases de flexibilidad en función de la fuente jurídica que la provoca. No es lo mismo la flexibilidad impuesta, sea por el empleador o por acto unilateral del Estado, que la flexibilidad negociada o acordada, que es el resultado de una negociación libre entre los actores sociales.

En un caso, se está frente a una imposición unilateral, así sea del empleador o del Estado, y en el otro, ante una negociación en que se expresa la autonomía colectiva accediendo a modificar un determinado beneficio, un determinado instituto jurídico.

Otra clasificación es la que distingue una flexibilidad condicionada de una flexibilización no condicionada, venga esta impuesta por ley o negociada colectivamente. En ocasiones, los trabajadores renuncian gratuitamente a determinados derechos o lo hacen ante una mera expectativa, por ejemplo, ante la posibilidad de que aumente el empleo o se mantenga. Hay otras en cambio, condicionadas, en las cuales se ha renunciado a un derecho a cambio de otro.

En el terreno jurídico es necesario distinguir también según el instituto sobre el cual recae la flexibilidad. ***Podemos hablar de una flexibilidad interna, que modifica aspectos de una relación laboral pre – existente y que subsiste, cuando se modifica el horario, la jornada, las condiciones de trabajo, la movilidad dentro de la fábrica; y de una flexibilidad externa, que supone una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de trabajo.***

Una última clasificación es aquella que distingue una flexibilidad puramente jurídica de una flexibilidad real, la de la fábrica. La flexibilidad jurídica sólo es necesaria como un apoyo normativo, como una facilitación normativa de una flexibilidad real: un cambio tecnológico, un cambio productivo, una nueva inversión, la introducción de una línea productiva o comercial. La flexibilidad real, flexibilidad de la fábrica, flexibilidad productiva o flexibilidad de la producción, alude a la adaptabilidad de la organización productiva. Trataríase de una organización de la producción compatible con la aptitud para ajustar los equipamientos a una demanda variable en volumen y composición.

Por otro lado, la flexibilidad real es independiente de la flexibilidad jurídica de los derechos de los trabajadores. No depende de ésta. Más aún: es compatible con el mantenimiento de la estructura jurídico laboral tradicional. Tan es así, que combinando los tipos flexibilidad real – flexibilidad jurídica, se ha catalogado como *flexibilidad baja*, la que procura la adaptación a costa de la depresión de los derechos de los trabajadores, y como *flexibilidad alta* la que, en cambio, adapta los equipos y procesos productivos.

2.3 LAS CUATRO FLEXIBILIDADES

Como muchos otros conceptos que despiertan polémicas, la flexibilidad no encierra una idea unívoca al punto que cuando se habla de "flexibilidad" se puede estar pensando en cosas muy distintas según los diferentes países. En los Países Bajos, por ejemplo, gran parte de las discusiones sobre la flexibilidad versaron sobre la duración y la redistribución del tiempo de trabajo, mientras que en España el tema de la flexibilidad se relaciona ante todo con las modalidades de la contratación laboral. En Francia uno de los grandes temas de la flexibilidad ha sido la supresión de la autorización administrativa de los licenciamientos colectivos. En la República Federal de Alemania la polémica se planteó en torno del nivel de efectivos que determine la aplicación de la legislación sobre protección del empleo. En el Reino Unido la flexibilidad se entiende a menudo como la posibilidad de introducir cambios en la organización del trabajo (*multi-skilling*). En los Estados Unidos guarda relación con la movilidad interna. En Italia el problema crucial de la flexibilidad fue el de la desindexación de los salarios. En otros países la flexibilidad se relaciona con los modos de determinación de los salarios.

Como se aprecia, existen grandes diferencias de enfoques que dificultan una definición común de lo que debe entenderse por "flexibilidad". Tal vez se debe a ello que en un informe reciente, de un grupo de expertos convocados por el Secretario General de la OCDE (el llamado "Informe Dahrendorf"), en vez de ofrecerse una definición normativa se propuso una definición esencialmente social de la flexibilidad: **"es la capacidad de los individuos de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias"**.

Por otra parte la flexibilidad del trabajo se puede relacionar con la forma misma de crear la normativa laboral. Se puede oponer la "flexibilidad" de la negociación colectiva a la "rigidez" de la ley y a la "desreglamentación" del contrato individual de trabajo. Se puede también abordar el problema de la flexibilidad sosteniendo que es necesario acabar con todas las trabas institucionales, o por el contrario, se puede argumentar que lo que se necesita es modificar ciertas instituciones, sin suprimirlas. Ambos enfoques encuentran sus partidarios en los diferentes países.

En suma, no existe una sola flexibilidad, sino muchas formas diferentes de entender la flexibilidad. Agreguemos que cada una de esas flexibilidades se nutre de un contexto social, económico y cultural que varía mucho de un país a otro; de ahí que, cuando se pretende echar mano a la flexibilidad para resolver ciertos problemas de la economía, la prudencia debería ser de rigor: ciertas soluciones que han funcionado en algunos contextos sociales culturales determinados no están garantizadas que funcionarán igualmente bien en contextos distintos.

La flexibilidad del trabajo depende en realidad de numerosos factores. En el informe "Dahrendorf" estos fueron clasificados en las siguientes categorías:

- Costos de mano de obra, en particular el nivel general de los salarios, las diferencias de salarios y los costos de mano de obra no salariales (CMNS), (fundamentalmente las cotizaciones sociales).
- Condiciones de empleo, en particular la protección del empleo y la contratación laboral.

- Modalidades y hábitos de trabajo, especialmente la organización del trabajo y del tiempo del trabajo.
- Disposiciones reglamentarias relativas al mercado de trabajo, especialmente reglas generales, fiscalidad y reglamentación aplicable a las pequeñas empresas.
- Movilidad externa e interna.
- Enseñanza y formación.

En torno de estos factores se han elaborado cuatro grandes vertientes de la flexibilidad:¹⁶

1. **Flexibilidad de los salarios:** dentro de este tema se discuten problemas relacionados con el nivel de los salarios reales y su ajustabilidad, los costos de mano de obra no salariales, las diferencias internas y externas de los salarios y los mecanismos institucionales de fijación de los salarios.
2. **Flexibilidad del tiempo de trabajo:** las grandes cuestiones se relacionan aquí con la reducción del trabajo, la distribución desigual de las horas de trabajo a lo largo del año y la posibilidad de derogar las reglas sobre el trabajo nocturno y en días feriados.
3. **Flexibilidad de la contratación laboral:** es el gran tema de la "precarización del empleo". La problemática gira aquí en torno de lo que las empresas han considerado como los obstáculos institucionales que les impiden reclutar y despedir a su personal en función de sus necesidades. Los puntos que han suscitado el mayor debate se refieren respectivamente a los procedimientos para los despidos colectivos y a la llamada "contratación atípica", por diferenciarla del "empleo total" o "contratación típica" que ha sido el punto de partida tradicional de la legislación laboral.
4. **Flexibilidad en la organización del trabajo:** por si las tres formas anteriores de flexibilización no fueran suficientes, el debate se ve aún más enriquecido cuando se entran a discutir los efectos de las nuevas tecnologías sobre la organización del

¹⁶ Cfr. BRONSTEIN, Arturo. "LA FLEXIBILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO: PERFILES DE UN DEBATE". En: *Jornada sobre nuevas concepciones y significaciones del trabajo en la empresa*. Pamplona – España, 1988, Pág. 309.

trabajo; esta discusión lleva a replantear viejos problemas, como el de la inalterabilidad de la descripción de tareas, los derechos adquiridos sobre la calificación profesional o la movilidad funcional.

2.3.1 FLEXIBILIZACIÓN DE LOS SALARIOS

Delas distintas teorías que se han avanzado dentro del debate de la flexibilidad la que parece mas difícil de rebatir es probablemente aquella que sostiene que el nivel de empleo guarda una relación estrecha con el de los costos de la mano de obra. En el Reino Unido, según la opinión de algunos expertos gubernamentales cada disminución de uno por ciento del salario real crearía entre 110,000 y 220,000 empleos nuevos al cabo de cuatro aros.

Por su parte, el Secretariado de la OCDE, sobre la base de algunos estudios nacionales, llegó a la conclusión de que una disminución de uno por ciento de los salarios reales se traduciría a término por una progresión de 0,2 a 0,5 por ciento del empleo, y tal vez más si se tienen en cuenta las repercusiones de las variaciones de los costos de la mano de obra sobre la producción. Es cierto, no obstante, que no debería creerse a ciegas en una relación mecánica entre salarios y empleo, porque existen otras variables de acaso mayor importancia que los salarios sobre el nivel del empleo, por ejemplo el nivel de la demanda global, el precio de las materias primas y el progreso técnico. De cualquier manera, ***la primera forma de concebir la flexibilidad apunta hacia la rigidez de los salarios los costos no salariales de la mano de obra.***

Según algunos enfoques la rigidez de los salarios se debe a la existencia de salarios mínimos, entendiéndose por tales a todo salario fijado por un mecanismo institucional (consejo de salarios o negociación colectiva). Por consiguiente, las diversas estrategias de flexibilización de los salarios tienen como objetivo último la reducción del nivel real del salario, que, como se ha señalado antes, durante los años sesenta había crecido a un ritmo superior a las ganancias de productividad.

La flexibilidad de remuneración que empleadores y gobierno intentan actualmente aumentar en todo el mundo consiste en esencia en condicionar los salarios a las variaciones de productividad individual y colectiva y a las presiones competitivas de los costos ejercidas por los mercados. Los actuales debates entre dirigentes, empleadores, sindicatos y estudiosos se centran en los aspectos siguientes de la determinación de las remuneraciones: sistemas de negociación salarial; salarios mínimos; vinculación de la remuneración al rendimiento, e indexación del salario.

Los debates sobre la negociación salarial tienden a centrarse en el nivel en que se produce esa negociación. A juicio de algunos, la negociación a nivel centralizado o de rama de actividad puede crear dificultades a las empresas con baja productividad y en cambio la negociación a nivel de empresa puede tener mejor en cuenta las condiciones especiales de la firma.

En lo que respecta al salario mínimo, a menudo se afirma que constituye un obstáculo para la creación de puestos de trabajo, en especial para los jóvenes y los solicitantes de empleos del sector estructurado poco calificados, ya que impide que los empleadores contraten a trabajadores pagándoles salarios mas bajos. La vinculación de la remuneración al rendimiento se considera un medio de motivar a los trabajadores y aumentar la productividad general de la empresa. Por ultimo, se considera que la indexación del salario reduce la reacción del mercado laboral ante las variaciones de la oferta y la demanda de mano de obra creando una rigidez a la baja de los salarios reales.

Por consiguiente, el intento - principalmente por parte de gobiernos y empleadores - de lograr una mayor flexibilidad en la determinación de la remuneración ha tendido a descentralizar la negociación salarial (tanto en el sector privado como en el público) reduciendo el nivel real de los salarios mínimos o suprimiéndolos totalmente, reforzando la relación entre remuneración y rendimiento y atenuando la relación entre salarios y precios.

La primera forma de flexibilización fue la desindexación de los salarios, en aquellos países, Bélgica, Dinamarca o Italia; por ejemplo, donde existía un sistema de indexación automática de las remuneraciones al costo de la vida. La indexación establecía una relación rígida entre precios y salarios, al punto que los últimos aumentaban con la inflación, cualquiera fuera la causa de ésta, incluyendo la inflación importada que se produjo en los años setenta como consecuencia de los dos choques petroleros. Las políticas de desindexación comenzaron a formularse de cara a un problema que aún no era la recesión y el paro, sino la necesidad de combatir la inflación. Hoy día la inflación parece superada en una mayoría de países industrializados, pero las diversas formulas de indexación automática de los salarios no han readquirido la importancia que tuvieron años atrás.

Un segundo eje por el cual transitó la flexibilización de los salarios fue la reducción convencional de éstos. La mayor parte de la experiencia tuvieron lugar en América del Norte, hacia finales del decenio anterior. Las mismas se realizaron en un número importante de empresas en dificultad -el caso más famoso fue el de Chrysler- a través de la negociación colectiva. Fue por consiguiente una flexibilización negociada. En lo esencial esta negociación, llamada "de concesiones", consistía en que los sindicatos aceptan renunciar a la aplicación de ciertos aumentos (algunos de ellos automáticos, ligados al costo de la vida) que habían sido previamente pactados en convenios colectivos en vigor, en retorno de garantías de protección del empleo.

También se practicó, en particular, pero no exclusivamente, en los Estados Unidos, y tras negociaciones, el reclutamiento de nuevos trabajadores bajo condiciones salariales bien inferiores a las de quienes se encontraban ya en servicio; esta práctica se conoció bajo el nombre de "doble escala salarial".

La tercera forma de flexibilización afectó a la fijación del salario mínima. Aquí hubo diversos enfoques. Uno de ellos, por ejemplo, que fue adoptado en el Reino Unido, apuntó a la limitación de las facultades de los consejos de salarios, de gran importancia en dicho país, donde alrededor de un sexto de los trabajadores no están cubiertos por convenios colectivos. Otros enfoques incluyeron la posibilidad de que los empleadores pagaran salarios inferiores al mínimo con relación a ciertas categorías de trabajadores cuyo reclutamiento privilegiaba el gobierno, en especial jóvenes en busca de su primer empleo. La reglamentación de los llamados "trabajos de interés general" o "trabajos de utilidad colectiva" en Francia, se inscribe en esa línea. Una variante de este método se siguió en los Países Bajos, en donde el salario mínimo está indexado sobre el salario medio (70 por ciento del salario mínimo). Los trabajadores menores de 23 años solo tienen derecho a una fracción del salario mínimo, variable según la edad. Esta fracción fue reducida para facilitar el empleo.

El salario mínimo también se ha encontrado en el centro de los debates sobre flexibilidad del mercado laboral, debido en gran medida a la extendida idea de que podría

expulsar del mercado a los trabajadores calificados y ejercer una presión al alza sobre los salarios medios, lo que fomentaría las tendencias inflacionistas.¹⁷ De este modo el salario mínimo, que se estableció como instrumento para mitigar la pobreza, ha pasado a ser considerado por algunos un obstáculo para el rendimiento económico. En consecuencia, recientemente se han adoptado medidas en muchos países con miras a reducir los efectos del salario mínimo.

Estas medidas oscilan entre suprimirlo hasta erosionar sus efectos, congelándolo o no ajustándolo periódicamente. También hay casos en que se han establecido salarios mínimos especialmente bajos para determinadas categorías de trabajadores, por ejemplo los jóvenes.

El Reino Unido proporciona probablemente el ejemplo mas radical de flexibilización a este respecto, ya que en 1993 suprimió el salario mínimo, lo que condujo a una disminución considerable de los salarios de las categorías vulnerables de trabajadores. El Gobierno laborista elegido en 1997 decidió restablecer el salario mínimo, pero de tal manera que este no afecte a los salarios medios.

Los Estados Unidos adoptaron un enfoque más suave para lograr una flexibilidad a la baja, no promulgando ajustes legislativos del salario mínimo federal, con lo que éste se redujo significativamente en términos reales durante el decenio de 1980 y principios del de 1990. Las personas contrarias al aumento del salario mínimo afirman que este obligaría a miles de empleadores a despedir a trabajadores y haría aumentar la tasa de desempleo de los adolescentes. Estos temores han resultado sin fundamento ya que seis meses después de que en 1996 se aumentara el salario mínimo se crearon dos millones más de puestos de trabajo en la economía norteamericana y la tasa de desempleo descendió por debajo del 5 por ciento, uno de los niveles más bajos en muchos decenios.

En los Países Bajos, en respuesta a un notable aumento de la tasa de desempleo a finales del decenio de 1970 y principios del de 1980, el salario mínimo se redujo en un 3 por ciento en 1984 y después se congeló hasta 1990. Además, en 1992, después de haberse restablecido durante 1990 y 1991, se procedió a modificar su vinculación a los aumentos salariales medios de conformidad con lo que se conoce comúnmente como Ley de indexación, en virtud de la cual el salario mínimo sólo se vinculara a los aumentos de los salarios medios si la carga impositiva y de la seguridad social no superara un determinado umbral.

Como consecuencia de la amplia preocupación de que el salario mínimo pueda limitar el acceso al mercado de trabajo de las personas vulnerables para las que se creó como instrumento de protección social, en algunos países se ha intentado rebajarlo en lo que respecta a algunos grupos concretos de trabajadores.

Por ejemplo, en Noruega el Gobierno aprobó en 1995 una llamada garantía juvenil para los menores de 25 años de edad que reciben capacitación en puestos de trabajo. En estos puestos, que pueden existir en empresas privadas o públicas, se cobra menos que el salario mínimo

¹⁷ Cfr. OIT. "NEGOCIAR LA FLEXIBILIDAD", Ob. Cit., Pág. 18.

acordado en los diferentes convenios colectivos. Además, a raíz de una reforma del sistema de enseñanza secundaria superior efectuada en 1995, el nivel salarial de los aprendices se redujo del 70 u 80 por ciento, aproximadamente, al 50 por ciento del salario de un trabajador calificado. Los sindicatos aceptaron esta situación a cambio de un importante aumento del número de aprendices. Otros países, entre ellos Bélgica, algunas provincias del Canadá, España,

Francia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, los Países Bajos y Portugal, aplican salario similares inferiores al mínimo para remunerar a los jóvenes.

Al margen de estas medidas directas, otros enfoques que aparecieron afectaron a la estructura de la negociación colectiva, es decir del mecanismo "normal" para regular los salarios en los países industrializados. La negociación ha conocido una importante descentralización, no solo porque la firma de acuerdos - marco u otras negociaciones centrales fue cada vez más difícil, sino porque inclusive la negociación de los salarios *reales* se está haciendo hoy cada vez más a nivel de la empresa; de ahí que le haya sido contrapuesta la "flexibilidad" de la negociación por empresa, la que ha conocido en los últimos años una expansión considerable en un número apreciable de países. Resta que la negociación descentralizada presenta un entorno traumático que desaparece cuando tiene como base un acuerdo central; a menudo lo que se puede ganar en flexibilidad, gracias a la negociación descentralizada, se corre el riesgo de perderlo en conflicto.

Finalmente, parecería que aún la flexibilidad de la negociación a nivel de la empresa no ha sido suficiente porque hoy se pone un énfasis creciente en la "individualización de los salarios", individualización que significa que una misma empresa, en puestos equivalentes, se aplican salarios diferentes a diferentes asalariados, a fin de tener en cuenta ciertos aspectos personales, relacionados con la motivación o la calidad del trabajo.

Las actuales presiones a favor de una mayor competitividad han incitado a un número creciente de empresas a establecer nuevas vinculaciones - frente a los sistemas tradicionales de trabajo a destajo que siguen reduciéndose cada vez más - entre la remuneración de trabajadores o grupos de trabajadores determinados y su rendimiento. La preocupación actual es fomentar factores de rendimiento distintos del simple producto, por ejemplo, la calidad, la reducción de costos y la adaptabilidad. También se ha reconocido la necesidad de promover el esfuerzo colectivo, en vez de confiar en el esfuerzo individual y premiarlo. En consecuencia, en la actualidad los sistemas de remuneración de un número cada vez mayor de empresas tienen por finalidad vincular mas directamente que en el pasado la remuneración al rendimiento financiero (mediante planes de participación en beneficios), a la productividad u otros aspectos operativos específicos de la empresa (mediante planes de reparto de ganancias) o a los conocimientos profesionales de los trabajadores (mediante pagos por razón de competencia), y así se administran.

La participación en beneficios y el reparto de ganancias suelen incorporar un componente variable en la remuneración, vinculado a algún indicador del rendimiento. En el caso de la participación en beneficios el indicador será el beneficio de la empresa o la unidad económica. En lo que se refiere al reparto de ganancias, el rendimiento se medirá por la productividad, la calidad, la reducción de costos u otros factores que influyen en la eficiencia de las operaciones de las empresas. En el caso de los pagos por razón de competencia, a medida que los trabajadores adquieren nuevos conocimientos profesionales de conformidad con criterios preestablecidos las empresas incorporan una remuneración adicional, en la inteligencia de que esos nuevos conocimientos mejoraran el rendimiento general de los trabajadores.

Las tendencias registradas en la práctica en cuanto a la remuneración relacionada con el rendimiento (una expresión general que se refiere a todos los sistemas que vinculan la una

con el otro) indican que varios factores pueden influir en su extensión. Uno de estos factores es la eficacia de las actividades sindicales a nivel de empresa y niveles superiores.

Queda por preguntar si la flexibilización, y con ella la reducción del salario, pueden conllevar por sí solas un mejoramiento de la situación del empleo. Aunque si es posible -y hay evidencias que parecen apoyarlo- que las empresas reclutan más cuando los salarios bajan, son muy pocos que se atreverían a afirmar que la sola reducción del salario puede solucionar el paro. ***Primero, por razones de equidad y justicia social -sin olvidar tampoco las implicaciones políticas de la cuestión- no se puede permitir que los salarios bajen exageradamente. Segundo, a partir de cierto nivel, la reducción de los salarios afecta al consumo y la demanda interna, y no hace más que agravar la crisis general, y la del empleo, en vez de contribuir a solucionarlas.*** En el mundo sobran los ejemplos de países en donde coexisten salarios bajísimos con un desempleo elevado. Para concluir este punto es importante recordar que además de los salarios, los empleadores deben acercarse cargo de importantes costos salariales no laborales, fundamentalmente contribuciones a los sistemas de seguridad social, que no han hecho sino aumentar durante los "treinta gloriosos", y aún después, debido a los problemas estructurales de la seguridad social. Precisamente, una de las tendencias más importantes de la flexibilización de los salarios ha ido en el sentido de disminuir dichos costos lo que se ha hecho fundamentalmente dentro marco de programas de fomento del empleo de ciertas categorías especialmente afectadas por el paro.

2.3.2 FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

El tiempo de trabajo tradicional consistía en el trabajo a tiempo completo durante un número especificado de horas diarias (por ejemplo, ocho) y un número especificado de días por semana (por ejemplo, cinco). La hora de comienzo y finalización del trabajo, las pausas y los períodos de descanso mínimo diarios estaban predeterminados y todos los trabajadores de un determinado grupo hacían el mismo horario.

Muchos empleadores y trabajadores empezaron a considerar cada vez más insatisfactoria esa estructura. En consecuencia, en un número cada vez mayor de países se han experimentado recientemente nuevos tipos de horarios de trabajo. Por ejemplo, en Francia el horario de trabajo flexible ha constituido la piedra angular de varias iniciativas destinadas a aumentar la flexibilidad del mercado laboral, adoptadas por el Gobierno desde el decenio de 1980.

Las causas directas de la modificación del tiempo de trabajo son variables. En algunos casos el nuevo horario flexible es un medio para reducir, cuando no eliminar, el pago de horas extraordinarias. En otros casos, es una concesión que hacen los trabajadores como condición para que los empleadores acepten un horario de trabajo mas corto. No obstante, lo mas frecuente es que se considere un medio de mejorar la capacidad de la empresa para responder, con rapidez y a bajo costo, a las crecientes fluctuaciones de la demanda de bienes y servicios de los consumidores.

La flexibilidad del horario de trabajo no es algo nuevo. En la mayoría de países abarcados por el presente estudio existen desde hace mucho tiempo disposiciones en lo que respecta al trabajo en turnos, el trabajo nocturno y el trabajo en domingo, si bien se limitaban a ocupaciones y sectores concretos, por ejemplo hoteles y restaurantes, servicios de salud y algunas industrias manufactureras. La diferencia existente en la actualidad es que ***la***

flexibilidad de los horarios de trabajo se ha extendido a variados grupos de trabajadores y actividades y ha adoptado múltiples formas: desde la anualización del tiempo de trabajo hasta la ampliación de las horas de cierre de los comercios y los servicios públicos, semanas laborales más cortas y disposiciones más flexibles en materia de vacaciones.

El trasfondo de esta cuestión está dado por dos elementos. El primero es la espectacular reducción de la duración del trabajo que tuvo lugar en los últimos treinta años se ha pasado de las 48 a las 38 ó 39 horas semanales, al tiempo que también aumentó la duración de las vacaciones pagadas, de dos o tres semanas anuales, antes, a cinco o seis hoy.

¿Cuáles han sido las razones de esta reducción?. Fundamentalmente fueron dos: el progreso técnico, por un lado, el desempleo, por el otro, frente al cual se imaginó que la reducción de la duración del trabajo era un método de lucha.

El impacto del progreso tecnológico sobre la duración del trabajo es evidente. Para producir lo mismo que antes se necesitan hoy muchas menos horas de trabajo. El progreso técnico puede pues hacer aumentar la productividad sin aumentar la producción (se produce lo mismo pero con menos horas de trabajo) o aumentar la productividad y la producción al mismo tiempo (se produce más pero con las mismas horas de trabajo que antes).

Lo que ha sucedido en los países industrializados en el último decenio esta más cerca de la primera hipótesis que de la segunda, porque las estadísticas muestran que las tasas de crecimiento económico han sido muy moderadas, y en algunos casos inclusive fueron negativas. La pregunta que se ha planteado ha sido, por consiguiente, ¿Qué hacer con las horas de trabajo en sobrenúmero?; pregunta cuya respuesta ofrece teóricamente dos alternativas: a) se reducen horizontalmente las horas de trabajo para todos; b) se mantienen las mismas horas de trabajo para quienes tienen empleo, condenando los demás al paro.

La estrategia de los sindicatos, y la política de muchos gobiernos, hicieron fuertes presiones en favor de la primera alternativa. Sabemos que la reducción de la duración del trabajo no ha sido suficiente para hacer caer el paro, pero es muy pero es muy posible que a falta de esa reducción el número de parados hubiera sido muy superior al que es. No debe sorprender que sea hoy Suiza el país que tiene la duración del trabajo más larga de toda Europa Occidental, porque el índice de paro es muy bajo en Suiza y no se han dado las mismas presiones que se ejercieron en otros países para reducir la duración del trabajo.

El segundo elemento ha sido la necesidad que comenzaron a tener las empresas de flexibilizar el tiempo de trabajo, flexibilización que para ellas significaba la posibilidad de redistribuir los horarios de trabajo de manera diferente a la que desde hace muchos años les venía siendo impuesta por la reglamentación. En el marco de la organización tradicional del trabajo nos habíamos acostumbrado a un sistema en que el horario de trabajo y la distribución de las horas de trabajo, diarias, semanales, anuales, era igual e inmutable. Esta organización jugaba a contracorriente de las necesidades actuales de las empresas que deben, primero utilizar al máximo sus equipos industriales, debido a su obsolescencia rápida por causa del progreso tecnológico, y segundo, mantener niveles de trabajo

diferentes según cada período de año, pare poder seguir lo más cerca posible la curva de la actividad.

La flexibilidad del tiempo de trabajo parte pues de la base de que la actividad de la empresa no es constante a lo largo del año. En ciertos períodos se plantea la necesidad de realizar horas extraordinarias con respecto a la duración "normal". En otros, por el contrario, se está en presencia de caídas de actividad que presuponen el paro parcial. Ante la pregunta de saber cómo se adapta la empresa a esta situación se responde que se le ofrecen tres posibilidades:

a) adapta su dotación de personal, b) adapta los horarios de trabajo, sin afectar la dotación numérica del personal, c) combina las alternativas precedentes (que es lo que tienden a hacer una mayoría de empresas). La primera opción nos lleva a tratar de la flexibilización de la contratación laboral. La segunda concierne a la flexibilización del tiempo de trabajo.

- **Anualización del tiempo de trabajo**

Se entiende por «anualización» la practica de calcular el tiempo de trabajo semanal sobre una base anual, lo que permite variaciones semanales. Una característica fundamental del trabajo anualizado es que no se pagan horas extraordinarias en tanto en cuanto el total de horas trabajadas todo el año no supere un límite determinado. Por supuesto, las empresas deben seguir cumpliendo las limitaciones existentes en lo que respecta al número máximo de horas trabajadas cada día y cada semana. Para que la anualización del tiempo de trabajo sea más atractivo para los trabajadores, a menudo se combina con la reducción del número total de horas, como ha ocurrido en España, Francia, Italia, los Países Bajos y el Reino Unido.

El Reino Unido ha experimentado ampliamente el horario anualizado, especialmente en las actividades económicas que tienen una demanda variable e imprevisible, así como en las industrias con procesos continuos, lo que ha facilitado la introducción de turnos de 12 horas, turnos de únicamente el fin de semana y semanas de siete días laborables, sin incurrir en los gastos que suponen las horas extraordinarias (a cambio de semanas o jornadas de trabajo mas cortas). Una consecuencia del aumento de la anualización del tiempo de trabajo es que en la actualidad haya en el Reino Unido más empleados que en cualquier otro país de la UE que trabajan más de 48 horas a la semana, sobre todo en el transporte y las comunicaciones.

En Francia, la Ley N° 93-1313/1993 relativa al trabajo, el empleo y la formación profesional, introdujo la posibilidad de trabajar semanalmente un número variable de horas durante todo el año o parte de él, dentro de unos límites definidos, con la condición de que ello se acompañe de una reducción del tiempo de trabajo. Desde entonces, un número cada vez mayor de empresas manufactureras calcula anualmente el tiempo de trabajo, incluido el trabajo a tiempo parcial, con el fin de adaptarlo a las variaciones de la demanda.

En Italia, muchos convenios colectivos de nivel de industria proporcionan un marco para la anualización del horario de trabajo, incluido el trabajo a tiempo parcial. Por ejemplo, en la industria textil un convenio nacional de 1995 autorizó a las empresas a tener en cuenta las necesidades de producción, estableciendo diferentes calendarios de trabajo en momentos especiales del año, pero limitando el número total de horas extraordinarias a 96 por trabajador y año. Los empleados pueden tener que trabajar más de 40 horas semanales, pero no más de 48, durante períodos de intensa demanda de la producción, y trabajar menos de 40

horas en caso contrario. Reciben la misma remuneración semanal durante las semanas largas y las cortas, con lo que se evita pagar horas extraordinarias. En los Países Bajos, donde las horas de trabajo también se calculan anualmente, muchos convenios combinan jornadas de trabajo más largas (nueve horas diarias) y semanas laborales más cortas (cuatro días a la semana). Como resultado de ello, la duración media de la semana laboral ha disminuido. Incluso cuando no existe una tendencia nacional visible a la anualización del tiempo de trabajo, hay ejemplos importantes, aunque aislados, de esta práctica. Por ejemplo, en la industria del automóvil de la Argentina, en empresas recién establecidas en polígonos fuera de las ciudades, como Chrysler, General Motors y Toyota, se fijó un número anual de horas (2.080, 2.138 y 2.133 horas, respectivamente), a menudo mediante convenios colectivos negociados antes de la apertura de las fábricas. Por otra parte, compañías establecidas desde hace tiempo, como Fiat, mantienen los métodos tradicionales de cálculo del tiempo de trabajo. En España un convenio colectivo de Alcatel Cable Ibérica ha introducido la anualización del tiempo de trabajo autorizando semanas laborales más largas durante el segundo semestre del año, en el que se espera una mayor demanda de sus productos.

Los límites impuestos por la legislación sobre la posibilidad de anualizar el tiempo de trabajo son más estrictos en algunos países que en otros. Por ejemplo, en Noruega se necesita un acuerdo por escrito de los interlocutores sociales para que se autorice promediar el tiempo de trabajo durante un periodo no superior a un año. No obstante, este plazo puede ampliarse con autorización de la inspección del trabajo. En todo caso, el número de horas no puede ser superior a 48 ninguna semana y el número de horas diarias no puede pasar de nueve (estudio sobre Noruega). En cambio, en los Estados Unidos la anualización está prohibida cuando se trata de trabajadores no asalariados, ya que la legislación requiere el pago de horas extraordinarias cuando se superan las 40 horas por semana, incluso aunque el horario laboral se reduzca en las semanas siguientes.

- **Innovaciones en el tiempo de trabajo diario y semanal**

La organización del tiempo de trabajo diario y semanal también se ha hecho mucho más flexible en un número cada vez mayor de países. En muchos casos esto se ha logrado mediante cambios legislativos que autorizan a los interlocutores sociales a concertar disposiciones innovadoras sobre el tiempo de trabajo. En muchos países también se han suavizado las restricciones legislativas sobre el trabajo en fin de semana. La flexibilización del tiempo de trabajo diario y semanal tiene normalmente por finalidad aumentar las posibilidades de que la empresa aproveche su capacidad operativa, aumentando las horas de funcionamiento y reforzando el control de la dirección sobre el calendario del insumo laboral.

Australia y Nueva Zelanda han avanzado mucho en el camino del tiempo de trabajo flexible. La mayoría de trabajadores de Australia tiene actualmente una semana laboral inhabitual, ya que sólo un 37 por ciento trabaja 40 horas semanales: el 32 por ciento más de 40 horas y el 25 por ciento menos de 40 por semana. Una encuesta realizada en febrero de 1995 indicó que el 70 por ciento de los convenios de empresa contenía disposiciones sobre horarios de trabajo flexibles. El 66 por ciento de esos convenios establecía una mayor flexibilidad en lo relativo a la hora de entrada y salida del trabajo, el 21 por ciento introducía cambios en los días libres, en el sentido de una mayor flexibilidad, el 20 por ciento permitía pausas y horas de comida más flexibles con el fin de evitar interrupciones en la producción y el 15 por ciento modificaba las disposiciones sobre turnos de trabajo (estudio sobre Australia).

En Nueva Zelanda se ha registrado recientemente un aumento del porcentaje de personas que trabajan los sábados y domingos como parte de la semana laboral normal. En lo que se refiere a los trabajadores amparados por convenios colectivos que reglamentan el tiempo de trabajo, ese porcentaje paso del 30 por ciento en 1992-1993 al 41 por ciento en 1994-1995. En sectores como los hoteles y restaurantes, el comercio minorista, la agricultura, las finanzas, los servicios comunitarios, la salud y la minería, más del 80 por ciento de los trabajadores quedo amparado por disposiciones de esta clase, debido en gran medida a que se había suprimido la definición de <<semana laboral ordinaria>> mediante la promulgación en 1991 de la Ley de contratos de trabajo, así como a la consiguiente disminución del número de contratos colectivos que reglamentaban los horarios laborales, que del 62 por ciento en 1992-1993 pasaron a representar el 55 por ciento en 1994-1995.

En Francia se ha extendido el trabajo en domingo desde que la Ley de 1993 relativa al trabajo, el empleo y la formación profesional autorizo a empresas de los sectores del comercio y los servicios a abrir ese día de la semana, con la condición de que el prefecto de la región en que la empresa está localizada lo permita, pero las empresas solo deben contar con los empleados que lo hagan voluntariamente. Con posterioridad muchas empresas, en especial comercios de zonas turísticas, han obtenido autorización para abrir dicho día. En el sector manufacturero la nueva posibilidad de trabajar en domingo ha hecho que aumentaran los horarios de trabajo continuo durante toda la semana. En los Países Bajos, desde 1994 la Ley del tiempo de trabajo autoriza a las empresas a ajustarse a sus propias necesidades y aumentar el tiempo de funcionamiento, incluido el trabajo durante los fines de semana, aunque los domingos todavía no se consideran días de trabajo normales según dicha ley.

En España la duración máxima de la semana laboral continua siendo de 40 horas, con un máximo de nueve horas diarias y un descanso semanal mínimo de un día y medio. No obstante, como ya se ha dicho los convenios colectivos pueden modificar esta estructura y establecer una distribución variable del tiempo de trabajo durante el año. Por ejemplo, el convenio de la industria textil autoriza a las empresas a ampliar la semana laboral a 50 horas durante 13 semanas.

El aumento del número de horas de apertura de los comercios ha constituido durante algún tiempo una tendencia significativa en muchos países. Un ejemplo reciente de iniciativa gubernamental en este sentido lo constituye la liberalización de las horas de apertura de los comercios en los Países Bajos aprobada en 1996. Se les permite abrir entre las 6 y las 22 horas de lunes a sábado y las autoridades locales pueden autorizar que abran durante un máximo de 12 domingos al año. Más recientemente, las horas de apertura flexibles se han extendido a la banca y al servicio publico, tendencia que resulta muchos países europeos como consecuencia de la creciente competencia que se ha registrado a raíz de la desregulación del sector financiero en la UE. Por ejemplo, en Francia y en Italia cada vez hay más bancos que abren en sábado. En Noruega, los empleados de banca y los empleados públicos trabajan menos horas durante el verano, época en que aspiran a tener mayor tiempo de ocio y el nivel de actividad es inferior, y mayor número de horas en invierno, cuando normalmente hay más trabajo.

En Italia, la administración postal y los sindicatos acordaron en 1996 que algunas oficinas de correos permanecieran abiertas los días festivos. Este experimento se ha llevado a cabo en las oficinas de correos principales de las 15 ciudades más grandes, que están abiertas las 8.30 hasta las 19.30 horas. El hecho de abrir esos días representa romper un importante tabú de los servicios públicos italianos. Durante el período experimental de apertura en día festivo,

dichas oficinas de correos estuvieron atendidas por empleados contratados por tres meses. En Francia, en un convenio colectivo firmado en enero de 1997, las horas de apertura de muchas oficinas de la empresa pública de electricidad (EDF) se han ampliado diariamente (de las 6 a las 20 horas) y semanalmente (seis días por semana). Estos cambios se han introducido a cambio de una reducción de las horas de trabajo.

- **Métodos para compensar las horas extraordinarias**

La flexibilización o reducción del tiempo de trabajo tendrá pocos efectos prácticos sobre su nivel real a menos que las horas extraordinarias se mantengan dentro de límites razonables. Aunque algunas horas extraordinarias son imprescindibles para dar a las empresas la flexibilidad necesaria con el fin de hacer frente a presiones inhabituales de trabajo debidas a la fluctuación de la demanda o a otras circunstancias especiales, el recurso frecuente y sustancial a dichas horas puede prácticamente anular las disposiciones legales negociadas sobre el tiempo normal de trabajo y tener por resultado un aumento del número de horas trabajadas, en perjuicio de la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores.

En los lugares en que las horas extraordinarias están casi institucionalizadas, su pago representa un componente importante, habitual y esperado de los ingresos, y los trabajadores - en especial los peor pagados - suelen contar con ellas como parte de su remuneración. No obstante, el recurso excesivo a las horas extraordinarias, que se pagan más, puede convertirse en un costo laboral difícil de soportar por las empresas.

Por consiguiente, en muchos países se han hecho esfuerzos para reducir al mínimo el costo de las horas extraordinarias. Una medida que se aplica cada vez más es conceder como compensación tiempo libre, en vez de pagar las horas. En algunos sectores, por ejemplo en los hoteles y los restaurantes, esta práctica existe desde hace muchos años, pero ahora ha empezado a extenderse, a otros en muchos países. La compensación en forma de tiempo libre no se da simplemente para que los trabajadores puedan recuperarse de un trabajo excesivo, sino también para aumentar la eficiencia operativa de la empresa.

Por ejemplo, si los trabajadores acumulan tiempo libre y se van de vacaciones cuando el nivel de actividad es bajo, las empresas pueden adaptar sus niveles de personal a la fluctuación de las actividades sin tener costos laborales adicionales. En Francia, un número creciente de empresas compensa las horas extraordinarias dando tiempo libre adicional en vez de pagar más las horas extraordinarias. En Italia, la Ley N° 196/1997 (<<norme in materia di promozione della occupazione>>) autorizó a que las horas extraordinarias se compensaran en tiempo libre (que debe tomarse en períodos de baja actividad) en vez de pagarlas. Además, un acuerdo salarial reciente de la compañía de ferrocarriles introdujo el concepto de <<banco de tiempo de trabajo>>, con un límite anual de 120 horas, en virtud del cual se pagarán horas extraordinarias solo si se supera el umbral de las 120 horas anuales.

La cantidad pagada por las horas extraordinarias también está variando en muchos países. En España solía pagarse el 175 por ciento de la hora normal, y, por el trabajo de noche el 125 por ciento. En ambos casos una ley de 1994 por la que se revisaba el Estatuto de los Trabajadores de 1980 suprimió el nivel mínimo y dio libertad para que los convenios colectivos determinasen cuanto debía pagarse por las horas extraordinarias y el trabajo nocturno. Como consecuencia de ello, solo unas pocas empresas han mantenido el antiguo nivel de remuneración, por ejemplo, BP Petróleo y la cervecera Cruzcampo. Otras han mantenido el 175 por ciento para las horas extraordinarias, pero las compensan con tiempo libre, práctica por

la que abogan los sindicatos. Cabe citar como ejemplos GEC Alsthom, Hidroeléctrica de Cataluña, Caja Postal, Alcatel Cable Ibérica y AEG Energía. No obstante, en general la mayoría de empresas ha aprovechado la flexibilidad permitida por la ley para concertar convenios colectivos con niveles de compensación inferiores a los anteriores. Por ejemplo, en Sanyo las primeras 10 horas extraordinarias se pagan al 175 por ciento y las 30 siguientes al 140 por ciento, mientras que el resto se paga como las horas normales. Ertisa, una empresa metalúrgica, paga todas las horas extraordinarias al 130 por ciento. Renault paga cada hora extraordinaria con una hora de tiempo libre, y el convenio del sector de la cerámica y el vidrio establece un pago del 140 por ciento, compensado con tiempo libre.

Está claro que las nociones tradicionales de tiempo de trabajo, que prescribían un horario laboral diario y semanal, se han visto muy perturbadas y sustituidas por disposiciones más individualizadas y flexibles. Estos cambios tienen importantes consecuencias para los trabajadores, sus familias y la sociedad en general, ya que la línea divorcia entre trabajo y tiempo de ocio continúa difuminándose. Es muy posible que estas consecuencias varíen según el perfil personal del trabajador.

¿Según que mecanismos se distribuyen las horas de trabajo a lo largo del año?. Este punto es del mayor interés porque su examen puede sugerir que se está asistiendo a una flexibilización muy importante de uno de los principios filosóficos de base de la organización del trabajo. En la concepción tradicional la fijación de los horarios de trabajo ha sido considerada como una prerrogativa del empleador, prerrogativa que formaba parte de su poder de dirección, de su poder de organización de la empresa, y que debía ser soportada por el trabajador como una consecuencia de su subordinación jurídica.

En contrapartida, el horario de trabajo se incorporaba al contrato de trabajo como un derecho adquirido. Sólo podía ser alterado dentro de condiciones fijadas estrictamente por la ley, al punto que es muy conocido que el problema de los horarios de trabajo y su modificación eventual en casi todos los países ha sido uno de los terrenos predilectos de la doctrina y la jurisprudencia sobre los alcances y límites del *jus variandi*. Cabe preguntarse en que medida es posible mantener esa concepción tradicional cuando nos encontramos en un sistema de organización flexible y variable de los horarios; la respuesta que muchos han dado es que no es posible.

La flexibilización del tiempo de trabajo no puede hacerse en beneficio exclusivo del empleador, sino que debe hacerse en el de ambas partes. A mayor flexibilidad debe corresponder mayor posibilidad de negociar la distribución de los horarios de trabajo. Por ese motivo, si bien el principio de la anualización y la distribución flexible de los horarios de trabajo figura ya en algunas legislaciones, su aplicación no depende de lo que dice la ley sino de lo que negocien los interlocutores sociales.

De ahí que se hable de una flexibilización de “segundo grado”, porque no solamente se ha flexibilizado la distribución de los horarios de trabajo sino también el proceso de creación de reglas sobre esa distribución. Y además se ha flexibilizado a la propia negociación sobre la flexibilización, porque la introducción en la empresa de estos nuevos conceptos sobre el tiempo de trabajo, requiere a menudo una negociación entre los propios interlocutores en la empresa. Una consecuencia fundamental ha surgido de esta nueva tendencia: se ha disociado definitivamente la duración del trabajo, por un lado, y el tiempo de utilización de los equipos industriales, por el otro.

2.3.3 FLEXIBILIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

Me he referido a como la reacción del Derecho del Trabajo ante la crisis económica y de desarrollo que explota a mediados de la década de 1970 a 1980 viene siendo objeto de atención sostenida. No es preciso tanto aquí definir las características de la crisis como poner de relieve estas dos circunstancias:¹⁸

1) Aspecto muy importante y casi definitorio de la crisis es la aparición o reaparición de situaciones de desempleo o subempleo masivas.

2) Tan importante como la anterior y de especial relevancia a los efectos que importan aquella: es característica que ha ido dominando progresivamente el talante de las comunicaciones aportadas a los eventos a que me he referido, y en general a los numerosos análisis sobre el tema, la de que no nos hallamos ya ante una situación transitoria ni pasajera. La crisis patente va ya hacia sus doce años de duración, y las perspectivas a plazo corto y medio, y aun a plazo indefinido, parecen ser las de su persistencia; persistencia al menos del que es precisamente uno de sus datos más salientes, según acabo de decir, a saber, los índices muy elevados de paro forzoso o los desempleos masivos.

La adaptación del Derecho de trabajo está operando en varios terrenos o por varias vías, de los que voy a decir el que con seguridad es el más importante y, sobre todo, el que de alguna manera resume o refleja los intentos todos de adaptación. Me refiero a la aparición o al reverdecimiento de las formas "atípicas" del contrato de trabajo --o contratos de trabajo atípicos-- respondiendo su atipicidad a la atipicidad misma de la situación con la que quieren enfrentarse.

Para intentar una descripción siquiera somera de estas conformaciones atípicas hay que partir, es claro, de la conformación típica, respecto de la que aquellas se desvían. Pues bien:

El contrato de trabajo típico -o el trabajador típico, si se quiere contemplar subjetivamente la cuestión, cosa perfectamente posible, porque en el contrato de trabajo a la vez que el trabajador es el sujeto del contrato, su trabajo es el objeto del propio contrato- está caracterizado por las notas siguientes:

- 3 Es un trabajo a tiempo completo, durante la jornada legal o habitual para los servicios do que se trate.
- 4 Se trabaja en virtud de un contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido, esto es, en virtud de un contrato que va a prolongar su vigencia sin limitación temporal, salvo incumplimientos graves de una de las partes o causas obstativas imponentes externas determinantes de la imposibilidad de ejecución.

¹⁸ Cfr. ALONSO OLÉA, Manuel. "LOS CONTRATOS DE TRABAJO ATÍPICOS Y LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO A LA CRISIS ECONÓMICA Y AL CAMBIO TECNOLÓGICO. UNA PRIMERA RECAPITULACIÓN". En: *Derecho individual del trabajo*, Víctor ferro (comp.), materiales de trabajo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima - Perú, s/f, Pág. 336.

5 Se trabaja en un local, instalación, fabrica, pozo tajo, galería, oficina, taller, proporcionado o controlado por el empresario al que los servicios se prestan en virtud del contrato.

- 6 Se trabaja bajo la "dependencia" del empresario que es el que decide, en líneas generales, donde y cuando debe trabajarse, con que intensidad y de que modo, y en que concretamente, impartiendo ordenes al respecto que el trabajador tiene la obligación contractual de obedecer.

Desviaciones del contrato de trabajo típico, configurado como queda dicho, han existido desde siempre. Con lo que lo característico de la época actual es, no su invención, sino reaparición o reverdecimiento, quizá con características especiales respecto de las tradicionales.

Existen no solo indicios sino constataciones de la multiplicación de los trabajos a "tiempo parcial" entendiendo por tales aquellos en los que el trabajador, para un determinado empresario, sólo trabaja bien determinados días de los laborales del año, bien determinadas horas de los propios días laborales.

En líneas generales se habla ya de trabajo a tiempo parcial cuando el tiempo de trabajo anual invertido en un contrato de trabajo queda por debajo de los dos tercios de las horas de trabajo anuales del trabajador a tiempo completo. Hay que distinguir aquí dos tipos de trabajo a tiempo parcial:

En primer lugar aquel que ocupa solo determinados días, semanas o meses del año, propio de las actividades estacionales y de las industrial y servicios de temporada, característico de los que en la jerga laboral se denominan "trabajos fijos discontinuos", en los que se trabajan solo durante una temporada al año, durante la cual son llamados los trabajadores año tras año. Por supuesto trabajos de temporada ha habido siempre, y no ya solo en la agricultura y en la pesca, sino en actividades industriales, ligadas a aquellas (industrias conserveras y otras; las azucareras, típicamente por ejemplo).

En segunde término, el trabajo que ocupa solo determinadas horas de las diarias, ordinarias o acostumbradas de trabajo, que es para el que tiende a reservarse hoy la expresión trabajo a tiempo parcial. Se trata de una contratación de tiempo de trabajo por horas, que afecta, a múltiples actividades, incluidas la de alta cualificación

La segunda característica del trabajador típico era, decía, su trabajo en virtud de un contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido. la atipicidad consiste aquí, es claro, en la admisión de la celebración de contratos por tiempo determinado; medida en general tenida a la vez como la más radical y la más eficaz para animar a la celebración de contratos de trabajo y, por tanto, para disminuir el bono.

Desde la segunda mitad de los años 80 se va extendiendo una visión recuperadora de la autonomía individual y del contrato como expresión máxima de ésta que tiende a robustecer las potencialidades del libre acuerdo de voluntades en la regulación de las condiciones de trabajo. No se trata, ciertamente, de una línea de desarrollo del discurso ideológico anglosajón que sostiene prescriptivamente en lo político un Estado mínimo, la vuelta a la utopía de un mercado autorregulado sin coerciones «externas» y la incapacitación permanente de los sindicatos.¹⁹

Es sencillamente una manifestación inquieta de la doctrina laboralista que contempla y valora positivamente la recuperación de espacios de libertad individual como respuesta a las exigencias de una mayor diversificación de las condiciones de trabajo generada por la propia variedad de situaciones y de intereses presentes hoy en las relaciones laborales, lo que exige

sistemas de determinación de las condiciones de trabajo «menos rígidos, mas adaptables a las circunstancias específicas de la empresa y del centro de trabajo y a las exigencias y aspiraciones individuales. En consecuencia, esta línea doctrinal se distancia prudentemente lo mismo de servir de justificación a ciertas «tentaciones californianas» a la *Silicon Valley* que de visiones conservadoras y defensivas del viejo sistema laboral que no saben ver en tales tendencias sino una especie de conspiración para el desmantelamiento de la tutela prestada por el Derecho del Trabajo.

Lo cierto es que se pueden constatar ciertas corrientes en el desarrollo de las relaciones laborales que conducen a detectar un amplio conjunto de fenómenos coincidentes todos ellos en la relevancia asignada a la autonomía individual con funciones directamente normativas en el marco de la relación de trabajo. La explicación de los mismos no es homogénea, por el contrario estos se definen en varias ocasiones como «contradictorios» y expresivos de finalidades diversas. Posiblemente la explicación haya que buscarla en que este discurso sobre los terrenos de la individualización de las relaciones de trabajo corre en paralelo con el más conocido debate sobre la «desregulación» y «flexibilidad», heredero de los paradigmas de la «excepcionalidad» de la gran crisis de 1973-19, así como a la discusión sobre la mutación del sistema de producción normativa en el Derecho del Trabajo -la «legalidad» del mismo-, y se superpone a una profunda reflexión sobre la redefinición de la graduación y diversificación de los niveles de protección y de tutela que debería otorgar el ordenamiento laboral. En este punto se entrecruzan por tanto varios caminos. Conviene en consecuencia intentar sistematizar, de forma descriptiva, los diversos planos en los que se hace presente esta recuperación del libre acuerdo de voluntades con funciones directamente reguladoras en las relaciones de trabajo, como una de las manifestaciones importantes del contexto referido.

Normalmente, a la hora de abordar el tema de las «fronteras» del Derecho del Trabajo, se viene a incidir en los presupuestos materiales y dogmáticos a cuyo través se construye el prototipo de trabajador sujeto al campo de aplicación del ordenamiento jurídico-laboral. Los conceptos normativos y clasificatorios que sirven de base al mismo se suelen resumir en un razonamiento subsuntivo previo de tipo bipolar entre trabajo autónomo y trabajo subordinado o dependiente (por cuenta ajena entre nosotros). Como es natural, el alcance y el resultado de este tipo de operaciones depende directamente del Derecho positivo y las categorías jurídicas presentes en cada país, admitiendo formas de expresión diferentes en cada sistema jurídico o, por mejor decir, en atención a las grandes áreas de cultura jurídicas, que se van adaptando continuamente a las situaciones de hecho que se generan en la realidad económica y social.

Se puede decir que en la contraposición entre trabajo autónomo / trabajo dependiente se ha dado, en los años 80, una inversión de la tendencia expansiva de las «fronteras» del trabajo sometido a la tutela del Derecho laboral; este último va siendo progresivamente interpretado de modo restrictivo de manera que no flexibilice sus perfiles y, en consecuencia, expulse fuera del complejo normativo de tutela jurídico -

19 Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio. "DERECHO DEL TRABAJO: MODELO PARA ARMAR", Editorial Trotta, Madrid – España, 1991, Pág. 67.

laboral a una parte no desdeñable de prestaciones de servicios en régimen de autonomía cada vez por lo demás más extendidas y comunes.

Como complemento de estas líneas interpretativas, existe en la actualidad una tendencia en los ordenamientos europeos a paliar la alternativa entre trabajo autónomo y trabajo subordinado a través de la creación de una figura intermedia, que pueda ofrecer una graduación articulada del conjunto de los derechos y garantías que constituyen el estándar medio, de tutela asignado al trabajador protegido por el Derecho del Trabajo. El ejemplo típico al respecto es el italiano, que ha desarrollado la noción de la <para subordinación> como lugar intermedio de nivel de protección entre el trabajador autónomo y el dependiente, pero existen también otras experiencias paralelas en países como Francia o Alemania.

En la base de estos fenómenos está la modificación operada en el último decenio en la estructura productiva y en la propia forma del trabajo, que generan transformaciones importantes en la relación entre pequeñas empresas y los grandes sistemas industriales, una estrategia de descentralización empresarial que va unida al irresistible impulso del sector terciario en la economía. En España se ha dejado sentir también la revalorización del trabajo por cuenta propia, en sus vertientes individual y colectiva, como resultado de las anotadas circunstancias sobre re organización del aparato productivo, descentralización y terciarización, en un contexto además de acelerada destrucción de puestos de trabajo. Pues bien, la mediación entre las tendencias económicas y sociales que favorecen el trabajo autónomo y el régimen jurídico aplicable al mismo, es decir, su exclusión de la tutela laboral, aparece centrada en la autonomía individual, porque la revalorización del mismo va ligada a la creación de una red de relaciones interdependientes que se plasma en numerosos actos contractuales de diferente tipo.

En este sentido, cobra especial relevancia lo que gráficamente ha sido diagnosticado como <el discreto retorno> del arrendamiento de servicios,²⁰ es decir, la paulatina utilización de esta figura en supuestos de descentralización productiva y contratación externa de servicios profesionales, que se amplía también a la prestación de determinados trabajos atípicos.

Es la autonomía de las partes la que «fija» el tipo de relación y la inserta en la tipología contractual de los trabajos por cuenta propia, y por tanto resulta difícil de desligar el libre e individual acuerdo de voluntades de la problemática que contrapone trabajo autónomo y trabajo por cuenta y bajo dependencia de otro. La intención y la voluntad de las partes regulan directamente el contenido del servicio prestado y las condiciones de todo tipo que rigen este. A través, por tanto, del acuerdo individual la relación obligatoria resultante queda excluida de las reglas de protección que derivarían de la aplicación del Derecho del Trabajo, y consiguientemente, entre ellas, de la acción sindical y de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo. Pero, por el mismo hecho, simultáneamente se crea una barrera que inmuniza formalmente el trabajo autónomo de sus presupuestos materiales subyacentes, es decir, de cualquier situación de desigualdad, compulsión o dependencia económica o social, que resultan anuladas ante la libre conclusión del tipo contractual civil elegido.

20 Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. "EL DISCRETO RETORNO DEL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS", Ministerio de Trabajo, Madrid – España, 1990, Pág. 209.

Desde luego que la utilización de estas formas de trabajo “en régimen de autonomía” puede suponer no solo la recuperación de «espacios negociales libres»¹⁹, diferentes y ajenos al fenómeno de “laboralización” a través de los cuales se estipula la

prestación de servicios para otro sino que a su través se produce la -emersión- de nuevas ocupaciones generadas por las transformaciones del sistema productivo. En ocasiones, sin embargo, estas prácticas negociales se han visto contrariadas por la jurisprudencia ante supuestos muy extendidos de simulación o de fraude, típicamente en el caso de pequeños transportistas con vehículo propio, línea ampliable a otros muchos análogos de utilización de falsos autónomos».

Por otro lado, una tendencia muy acusada presente en los ordenamientos jurídico - laborales de los años 80 es la búsqueda de la llamada *flexibilización* de los niveles de protección asignados por el Derecho del Trabajo en el interior del propio sistema, a través de la delimitación de tipos contractuales diversos y en contraste con el prototipo normativo o relación normal de trabajo, orientación quizá mas intensa que la relativa a la revalorización de los espacios no sometidos a la legislación laboral. Es la contraposición entre trabajo típico y atípico, que tiene repercusiones importantes a efectos clasificatorios e integrativos en el ordenamiento laboral, así como respecto de los niveles de protección otorgados y los mecanismos previstos para hacerlos valer.

El fenómeno se aprecia en la practica totalidad de los ordenamientos europeos, aunque el caso español es el que puede servir mejor para ilustrar tal tendencia. A partir de la reforma del Estatuto de Trabajadores (ET) de 1984, se ha implantado un diseño legal en el que se acoplan la relación normal de trabajo, el contrato de trabajo típico por tiempo indeterminado, definido en el art. 1.1 de dicha norma, junto a una gama de modalidades de inserción que a su vez se descomponen en <modalidades del contrato de trabajo> propiamente dichas, trabajo temporal en sus diversas formas, incluida la denominada de «fomento del empleo» y un elenco de «relaciones laborales de carácter especial.

Este esquema diversificado de modalidades de protección, que ha demostrado en la practica su importancia cuantitativa y cualitativa, permite plantearse el interrogante de si se puede seguir hablando de una relación género / especie entre el contrato de trabajo típico, por tiempo indefinido y a tiempo completo y el resto de modalidades de contratación «atípicas» o si, en la práctica, existe una relativa indiferencia en la elección de una u otra forma contractual en función, precisamente, de la mayor o menor amplitud de la tutela otorgada. El prototipo normativo de la relación de trabajo dependiente y por cuenta ajena se habría convertido en el «óptimo» de las posibles relaciones de trabajo, perdiendo por tanto sus senas de identidad como «relación normal de trabajo, con la consecuencia de la creación de fracturas y desigualdades en la regulación del cometido tutelar del sistema jurídico laboral.

Si esto es así y si en consecuencia hay que plantearse en adelante una teorización sobre el pluralismo regulador de las relaciones de trabajo individuales, rompiendo con la tendencia homogeneizadora que vela en el contrato de trabajo «prototípico» la noción aglutinante del Derecho individual del Trabajo, el tiempo lo dirá. Lo que aquí interesa es que de esta visión heterogénea de una gama de tipos contractuales intermedios, con la temporalidad como elemento común a todos ellos, se desprende un dato que cobra progresivamente mayor importancia: la relevancia decisiva que en tales relaciones de trabajo «atípicas» tiene la autonomía individual para la determinación de las concretas condiciones de trabajo, lo que constituye un importante rasgo diferenciador respecto del espacio reservado a la misma en el contrato de trabajo por tiempo indefinido.

La explicación de este fenómeno es conocida. En el ordenamiento español, la regulación de las formas de trabajo «atípicas» llevan una fuerte impronta <pública>, en cuanto

que se consideran manifestación de las políticas de empleo encomendadas a los poderes públicos por el art. 40 Constitución española. Si ello aparece claramente en la contratación temporal de fomento del empleo, lo es también para aquellas formas de contratación pensadas para encuadrar sectores específicos de fuerza de trabajo con dificultad de inserción en el mercado, como en los contratos de formación o en prácticas, a tiempo parcial o de relevo, y, por contagio, se ha transmitido también a otras formas temporales >estructurales», como las reguladas en el art. 15 ET. Este hecho conduce a una valorización extremadamente fuerte de la ley y de la normativa estatal como instrumento creador de las condiciones y del objeto de tales trabajos atípicos. Pero el sesgo que adopta esta intervención, la carga flexibilizadora, de la normativa estatal, va dirigida a la autonomía individual de las partes, sin que deje abierto un espacio para la mediación colectiva en forma de «autorización» o de cualquier otro modo de intervención de la negociación colectiva. Aquella no se libera en la participación responsabilizada de los sujetos colectivos, sino que actúa, sin intermediación, directamente sobre el mercado de trabajo, teniendo como soporte la autonomía contractual individual. El hecho de que se requiera legalmente la forma escrita para la validez de tales contratos, se traduce en que el contrato individual es el instrumento regulador por excelencia de la relación de trabajo «atípica», tanto en lo referente al importantísimo tema de la duración de la misma, y a las sucesivas prórrogas, como en orden a puntos centrales tales como -la movilidad funcional, la definición polivalente de las tareas a realizar, el sistema de turnos, la ordenación de la jornada, o la composición del salario». Y esta centralidad del pacto individual no se agota en la constitución de la relación, sino que vuelve a demostrar su virtualidad en posibles novaciones de su contenido ante cada prórroga del mismo, imponiendo modificaciones sustanciales del contrato.

Esta individualización de las relaciones de trabajo «atípicas» es un dato consolidado, de manera que en ellas la regulación colectiva tiene un alcance parcial y fragmentario, prácticamente volcada sobre la fijación de límites a la duración máxima de los contratos o al establecimiento de formulas de transformación de contratos temporales en fijos. En general, la regulación de las características de los contratos temporales no tiene acogida en la negociación colectiva.

De todos los debates sobre la flexibilidad el que se refiere a la contratación laboral es sin duda el más traumático, ya que pone en evidencia el fenómeno de la precarización del empleo y es inevitable que en el curso del mismo se avancen argumentos que cuestionan algunos de los principios filosóficos fundamentales que durante decenios han nutrido al Derecho del Trabajo. Cuando las empresas reclaman mayor flexibilización en las formas de contratación laboral su principal argumento es que no pueden reclutar nuevos trabajadores porque, dada la incertidumbre de la coyuntura económica, no pueden garantizar que les podrán ofrecer un empleo estable.

En otras palabras, reclutarían más si pudieran despedir con mayor facilidad. Sin embargo, la legislación está concebida de manera tal que despedir es complicado y caro. Por su parte, los sindicatos responden a estos enfoques denunciando que la flexibilización, tal como la conciben los empleadores, se confunde con la "desreglamentación" o con la "precarización" del empleo, y corresponde a concepciones del trabajo y del trabajador que no están demasiado lejos de la noción del trabajo - mercancía contra la cual se ha levantado toda la evolución filosófica y jurídica que conocemos bajo el nombre de "Derecho del Trabajo".

Planteado en estos términos, el debate no puede sino ser muy áspero. Sin embargo, han aparecido ahora elementos que tienden a suavizarlo. Son pocos que piden una flexibilización a ultranza, equivalente a una desreglamentación, y también son pocos que la rechazan en

bloque. Se comienzan así a establecer diferencias entre las distintas posibilidades de flexibilizar la contratación laboral. Si algunas siguen inspirando un rechazo total, otras parecen más aceptables. Así, ciertas formas de flexibilización, que antes aparecían como una amenaza grave a las formas más tradicionales de empleo, hoy comienzan a ser consideradas como un complemento y no como un concurrente de aquél; es lo que sucede con los contratos de interim, a través de agencias de trabajo temporero. Respecto de ciertas otras formas de flexibilización, se admite que tienen en cuenta no sólo las necesidades de las empresas sino también las de los propios trabajadores interesados; es el caso del trabajo a tiempo parcial, cuando éste es voluntario. Se reconoce que el aporte de los trabajadores a tiempo parcial voluntario, que difícilmente aceptarían trabajar la jornada completa (por ejemplo las mujeres que deben cuidar de su hogar y sus hijos), se ha transformado en un elemento vital de la economía. Se añade que el propio progreso tecnológico ha hecho aparecer nuevas formas de prestación del trabajo que encajan difícilmente dentro de las hipótesis del modelo jurídico tradicional, y requieren por consiguiente un enfoque más flexible de la relación de trabajo.

Por otro lado, debemos indicar el comentario que el Dr. Gómez Valdez²¹ sobre la flexibilidad del contrato laboral en los siguientes ámbitos:

- a. “La flexibilización del contrato de trabajo al inicio de la relación laboral.- Como se conoce, el poder de dirección del empleador lo coloca dentro de la posibilidad de condicionar la contratación del trabajador a una serie de requerimientos que hagan posible su permanencia bajo condiciones flexibles de trabajo.
- b. La flexibilización del contrato de trabajo mientras se ejecuta éste.- Lo más difícil de toda relación laboral en vía de ejecución es que las partes se pongan de acuerdo para modificarlo sustancialmente, en razón de que existen normas de orden público que prohíben la renuncia de los derechos adquiridos provenientes de la ley, la negociación colectiva, los usos y costumbres. Por esta razón este tipo de flexibilidad no son muy frecuentes”.

Sin embargo, como hemos señalado en este punto, la flexibilización de la contratación laboral si se está tornando usual en Europa, así como en Latinoamérica, aunque en contextos diferentes. Y esto se comprueba dado que la doctrina, el Derecho comparado y nuestro derecho positivo han elaborado una serie de innovaciones a los contratos consensuales de trabajo, así por ejemplo:

1. Movilidad de la mano de obra.- Introducida como técnica en los países del sud – este asiático en la década del ochenta, prontamente se extendió al viejo continente durante los últimos años. consiste en una técnica contractual a través del cual el trabajador se compromete a ser móvil en lo tecnológico o geográfico. Es la teoría de la ley del mercado la que acto seguido se impone a la condición de trabajo, en donde el trabajador se compromete a ser movable en toda circunstancia o ser excluido de su empleo.

21 Cfr. GÓMEZ VALDEZ, Francisco. “LA FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. UNA REGRESIÓN DE LOS LOGROS SOCIALES CONTEMPORÁNEOS”. En: *Boletín de Derecho Social*, N° 01, Lima – Perú, 1992, Págs. 7-8.

2. El trabajo intermitente.- Es un contrato de trabajo que puede ser de duración determinada o indeterminada y en él, el trabajador se coloca a la disposición de su empleador para efectuar las labores que éste crea

conveniente que deba ser realizada en su provecho, sea por estación o por determinadas días de la semana, semana del mes, o meses de un año

3. El contrato de “Astreinte”.- Consiste en constreñir a un servidor para que desequilibrando su vida privada y profesional, permanezca sujeto al empleador no solamente durante su jornada de trabajo sino sobre todo, cuando éste ha concluido. Por medio de mecanismos de control y señalización, el trabajador es llamado a cumplir una tarea luego de producida su jornada regular de trabajo, pero sin embargo esta labor efectiva no será reconocida como una jornada de trabajo real, tampoco como una jornada extraordinaria.

- **Argumentos a favor de la flexibilidad en la contratación laboral**

La capacidad de inventiva y originalidad -de acierto y de error- de los ordenamientos nacionales queda así limitada por el marco europeo al que debe sujetarse. También la capacidad de propuesta y de crítica encuentra hoy un poderoso dique en el <espíritu comunitario>>, plasmado en lo que promete ser un «lus Comune» de nuestro tiempo.²²

Ese condicionamiento del Derecho interno por el Comunitario se hace explícito en no pocas normas. Tomando un sólo y expresivo ejemplo, en España la Ley 32/1984, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, explicó en su Exposición de Motivos que los contratos en prácticas, para la formación, a tiempo parcial y de relevo son <<formas ampliamente utilizadas en los países europeos>>; que la regulación del contrato para lanzamiento de nueva actividad se producía <<al hilo de las orientaciones que en esta materia sigue la UE>>, y que la derogación de la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de los Trabajadores obedecía al propósito de <<homologar la situación española con la de otras economías occidentales>>.

En este contexto de valores y principios sociales europeos se inscribe hoy, sin lugar a dudas, con la fuerza de un dogma que unos exaltan y al que otros se pliegan, la idea de reforma del mercado de trabajo, entendida como «flexibilización» de tal mercado; idea sobre la que se ha vertido una desbordante literatura económica, sociológica y jurídica, y que, lo más importante, ha inspirado numerosos cambios normativos.

Esta corriente, guste o no, se ha asentado en el ámbito europeo -y fuera de él, en países tan señeros como los Estados Unidos y Japón-, lo que obliga a considerarla no como una hipótesis o una teoría, sino como una firme y generalizada realidad mundial.

El asentamiento de la flexibilización laboral ha sido producto de una singular inversión de tendencia histórica: mientras que en el pasado las grandes reformas laborales han procedido de propuestas sindicales -valga por todas las mítica reivindicación obrera de la jornada de ocho horas-, la filosofía y la práctica flexibilizadoras del mercado de trabajo son

²² Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. “EL CONTRATO DE TRABAJO, ENTRE LA STABILIDAD EN EL EMPLEO Y LA PRECARIEDAD”. En: *El cambio laboral de la década de los 90*, Editorial Espasa – Calpe, Madrid – España, 1991, Pág. 123.

producto de una iniciativa empresarial, que pronto obtuvo importantes apoyos intelectuales e institucionales (Informe Dahrendorf, 1985; Informe de la OCDE, 1986), y que no tardo en ser

acogida por las legislaciones, con beneplácito general de los expertos y a veces con aquiescencia de los sindicatos.

Lo cierto es que la teorización «flexibilizadora», que surgió como una respuesta de emergencia a la crisis económica de los años setenta, se ha consolidado, de tal manera que hoy -cuando se implanta el modelo de sociedad post-industrial, que tantas incógnitas plantea en materia de empleo y trabajo- que en Europa los expertos afirman que parece difícil el retorno del clásico modelo proteccionista de relaciones laborales; modelo indudablemente beneficioso para los trabajadores, pero que despierta el rechazo de un sistema productivo retado por la competencia internacional y nacional, y precisado en consecuencia de una mayor agilidad de disposición de los factores de producción, entre ellos el trabajo. Los rápidos avances tecnológicos de nuestro tiempo obtienen grandes incrementos de producción sin necesidad de un incremento proporcional del empleo, y ello -se nos dice- fuerza a mantener las medidas de reparto de trabajo y, en consecuencia, de «precarización» de los contratos laborales.

Las empresas sostienen que la protección de la estabilidad en el empleo constituye una de las causas principales de sus dificultades frente a la competencia y de sus reticencias a ofrecer nuevos empleos. La protección del empleo no les deja un margen de maniobra suficiente para adaptar rápidamente su personal a sus necesidades. Si pudieran recurrir a formas de contratación más flexibles y diversificadas, podrían ofrecer empleos tal vez menos estables, pero que representaría

Desde hace largo tiempo las empresas han venido cuestionando el «empleo total» como hipótesis de base de la relación de trabajo, y la crisis actual del empleo a traído agua al molino de sus argumentos.

Vistos bajo estos ángulos la flexibilidad ya no tiende a aparecer como un intruso nefasto en el Derecho del Trabajo, sino como la respuesta a la aparición de nuevas evoluciones económicas, nuevas tecnologías, nuevas conductas y nuevas actitudes ante el trabajo, frente a las cuales es necesario adaptarse. Un corolario de este enfoque sería que todos deberían ganar gracias a la flexibilidad de la contratación laboral. Resta por ver cómo se concibe esta flexibilidad, hasta donde puede llegar y cuáles son los principios que debería respetar. El primer análisis que inspira la flexibilidad de la contratación laboral gira por consiguiente en torno de la viabilidad actual del modelo jurídico que constituye la hipótesis de base del contrato de trabajo, modelo que ha sido definido como el «empleo total». El «empleo total» se caracteriza por la prestación del trabajo por cuenta ajena, mediante el pago de un salario y en relación de dependencia. A estos elementos se agregan varios otros, que en su conjunto definen los perfiles de lo que se ha dado en llamar una relación de trabajo «típica»: el trabajo se realiza para un solo empleador, en el local de trabajo de este, en régimen de jornada completa y por una duración indefinida. Cuando estas condiciones se reúnen el trabajo se realiza al amparo de leyes que confieren importantes protecciones y beneficios al trabajador, a imponen prestaciones y obligaciones igualmente importantes al empleador y al Estado.

Piezas fundamentales de la acción flexibilizadora del mercado de trabajo (y de las relaciones laborales) vienen siendo la facilitación del despido y la expansión de la contratación temporal. Para muchos, la conjunción de ambas técnicas sería el remedio más eficaz para combatir la llamada economía sumergida o clandestina.

- **Argumentos en contra de la flexibilidad en la contratación laboral**

A estos argumentos se oponen respuestas que hacen hincapié en los peligros de la flexibilización de la contratación laboral. Si las resumimos a través de sus expresiones más maximalistas diríamos que estas afirman que la flexibilidad de la contratación laboral es mala para el trabajador, el que deja de gozar no solo de estabilidad y de posibilidades de formación y de carrera, sino también de consideración como ciudadano de la empresa. Es también mala para la empresa porque no puede esperar de sus trabajadores "flexibilizados" la misma motivación que la que pueden tener aquellos que sienten que forman parte de una comunidad de trabajo; en ese sentido acotaremos que algunos estudios muestran que existiría una correlación positiva entre la productividad y la seguridad del empleo, y agregaríamos que la práctica japonesa del empleo vitalicio en las grandes empresas parece estar allí para corroborarlos. La flexibilidad de la contratación laboral es no menos mala para los sindicatos o las otras instituciones de representación colectiva, porque entre los diferentes grupos de trabajadores "flexibilizados", cada uno con su propio *status* jurídico, existirían muchas puertas abiertas para el antagonismo antes que para la comunidad de intereses. Y por último, es una mala solución frente al problema del paro, porque la desprotección facilitara los despidos antes que los reclutamientos; se observa además que en los últimos años aumentaban las medidas de flexibilización al tiempo que también aumentaba el paro.

Presentados bajo esta forma es probable que estos argumentos parecerían exagerados, al punto que es dudoso que exista algún sindicato que estaría dispuesto a retomarlos tal como se los acaban de enunciar. Pero no es necesario exagerar para comprender que la flexibilidad de la contratación laboral plantea tantos problemas como sugiere soluciones. Es cierto que la flexibilidad de la contratación laboral responde a necesidades de la empresas y además, muchas veces, de los propios interesados. No obstante, hay que reconocer que también tiene por efecto disgregar la unidad del tratamiento jurídico de los trabajadores en el seno de una empresa, en donde las relaciones individuales de trabajo parecería que tienden ahora a ajustarse al principio de la geometría variable. Hay que ver hasta qué punto es posible encontrar el buen equilibrio entre la necesidad de flexibilidad de la empresa y la necesidad de protección de los trabajadores. Como lo sugiere el informe Dahrendorf, debería al mismo tiempo reforzarse la flexibilidad y la seguridad. ***La flexibilidad de la contratación laboral no debería ser sinónimo de desprotección, de la misma manera que la flexibilidad de los salarios tampoco debería ser sinónimo de bajos salarios.*** Pero a nadie se oculta que este objetivo es de más fácil enunciado que de realización. En fin, agreguemos que así como la realidad ha mostrado que la fuerte protección contra el despido injustificado, que surge de la concepción del "empleo total", no ha servido para evitar las supresiones del empleo, tampoco existen evidencias de que la flexibilización de la contratación laboral sea eficaz para luchar contra el desempleo. Antes que la solución de un problema, la flexibilización de la contratación se plantea pues como un aspecto más de ese problema.

Corresponde ahora preguntarse cuáles han sido los grandes vectores a través de los cuales se ha introducido la flexibilización dentro de la relación de trabajo tradicional. ***El inventario de las formas flexibles o atípicas de contratación laboral es por cierto bastante amplio, y sería difícil establecer un catálogo en el que no se correría el riesgo de olvidar alguna. Sin embargo, fundamentalmente ha habido tres grandes orientaciones: el trabajo a tiempo parcial (junto con su variante, el empleo compartido o job sharing), el contrato de trabajo de duración determinada y la contratación "triangular" por intermedio de las agencias de Crab o temporero.***

Agreguemos a estas tres formas los distintos tipos de contrato que se han ideado para ofrecer en particular a los jóvenes y a los desempleados, como los trabajos en prácticas,

los trabajos de utilidad pública o de interés general, que han conferido al empleador la posibilidad de pagar salarios inferiores al mínimo, la de gozar de ventajas fiscales, o de *exoneraciones* de sus contribuciones a la seguridad social, y la de no comprometerse por una duración indefinida. Otras formas de flexibilización que merecen mencionarse son la subcontratación de servicios y los préstamos de trabajadores entre empresas, sin olvidar tampoco al trabajo a domicilio, que aún en sus formas más antiguas no solo no está en vías de regresión sino además parecería que progresa. En fin, recordemos por último al empleo por cuenta propia que aumenta- y al trabajo clandestino, que constituye siempre una preocupación mayor.

Prácticamente ninguna de estas formas atípicas de contratación laboral presenta una novedad. Lo que sí es una novedad es el aumento de la importancia relativa de los que están en una relación de "empleo total". También lo es el cambio de orientación en la legislación del trabajo: si antes las aperturas hacia la flexibilización eran consideradas excepciones, hoy toda la nueva legislación que se promulga va en el sentido de ampliar esas excepciones. Si la "normalidad" sigue siendo el "empleo la cantidad de brechas que se abren en el mismo no dejan de aumentar. Si antes las formas atípicas del contrato de trabajo (trabajo a tiempo parcial, trabajo temporero, contrato de duración determinada) eran consideradas un complemento al "empleo total", hoy parecería que la legislación presupone que la única forma crear empleos es a través del mercado de trabajo "complementario" y no del principal. Prueba de ello es la difusión que están teniendo los contratos por tiempo determinado, y la creciente facilidad con que en muchos países el empleador puede recurrir a utilizar trabajadores por intermedio de empresas administradoras de mano de obra eventual, o temporal.

Corresponde también preguntarse si las aperturas que ha hecho la legislación para facilitar el empleo "atípico" con objeto de fomentar el empleo han tenido por resultado la creación de nuevos puestos de trabajo. Aquí, si bien es difícil ofrecer una respuesta categórica las informaciones disponibles tenderían a indicar que las empresas reclutan bajo las nuevas formas de contratación sin que al mismo tiempo aumente el número total de empleos. De ahí que se haya argumentado que, si bien la legislación ha favorecido el empleo "atípico" como medio de luchar contra el paro, su efecto más tangible no ha sido la regresión del desempleo sino la destrucción de empleos estables y su reemplazo por empleos precarios.

2.3.4 FLEXIBILIZACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Al igual que se ha hablado de una "renovación" del contrato individual de trabajo, se puede afirmar también que en los últimos años se puede constatar una fervorosa exaltación de la empresa como centro de imputación de las relaciones laborales. Es lo que se ha venido a llamar "relegitimación de la empresa" como exclusivo modelo social y económico capaz de generar riqueza, y que se ha visto precedido de una avalancha de reflexiones desde todos los campos del saber que han cantado su apoteosis en el comienzo de los años 90. Se habla así de la identidad y del orgullo de la empresa, que se reapropia al fin de su historia, escrita hoy en positivo frente al desvalor que determinadas posiciones le asignaron en el inmediato pasado, y de la construcción social de una imagen fuerte y sugestiva que influye decisivamente en los comportamientos sociales. Es el tiempo de la cultura de empresa.²³

En esta fascinación es determinante «el triunfante universalismo de Occidente» como culminación de un proceso que ha impuesto, como paradigma universal, la mercancía y el dinero. A ello acompaña la restauración de la utopía de la libre empresa, con la diversidad de significados que esta lleva consigo, pues constituye a la vez no sólo el referente básico del sistema político y económico, sino, más específicamente, un instrumento de movilización de energías humanas, un sistema formalizado de normas, un conjunto de estrategias de poder y decisión y un sujeto portador de los fenómenos de innovación tecnológica.

La empresa es, en sí misma, un universo, y como tal permite ser contemplada desde diversos ángulos en el Derecho del Trabajo. Un campo privilegiado de intervención es el referente a las transformaciones que la empresa como noción derivada de su configuración económica ha ido sufriendo recientemente, y las repercusiones que estos fenómenos tienen en la construcción normativa de las relaciones laborales. La transnacionalización y la libertad de la dirección de estas empresas frente a cualquier límite derivado de una lógica nacional o estatal, o la evolución de las estructuras organizativas empresariales hacia la forma de grupo de empresas, constituyen ejemplos claros de esta preocupación. Como también las reflexiones sobre las relaciones triangulares y la descentralización productiva, o la diferencia de tratamiento entre gran y pequeña empresa en la tutela estatal y en la actuación de los sindicatos.

En gran parte el interés central en estas posiciones doctrinales que investigan sobre las nuevas figuras de empresa, consiste precisamente en el análisis de los cambios en la posición jurídica del empleador y su repercusión en la construcción bilateral del contrato de trabajo. Algo semejante a lo que sucede al enfocar estos temas desde el prisma de las innovaciones tecnológicas, que son tenidas en consideración en función de los fenómenos de mutación estructural que pueden originar en las relaciones de trabajo, y que trascienden el problema de la empresa para desparramarse un poco a lo largo de casi todos los núcleos temáticos del Derecho del Trabajo.

Pero justamente por eso no constituyen el elemento más significativo de la evolución de la figura de la empresa en relación con la conformación global del sistema de relaciones laborales. Esta ya ha dejado de ser hace mucho tiempo tan sólo un lugar de prestación de los servicios, y se presenta como núcleo organizativo de actividad que, habiendo adquirido una posición central en la sociedad, en la política y en la economía, se sitúa también consecuentemente en el centro de las preocupaciones del Derecho del Trabajo. Este hecho es constatable a nivel general, mediante la legitimación de la cultura empresarial y de la eficiencia como valor cultural consustancial a la modernidad y como valor con relevancia jurídica, que orienta los fenómenos de interpretación y de aplicación de las normas, a través de la cláusula de libertad de empresa.

Organización económica y social sobre la que se apoya el sistema democrático, y al que impone límites en las posibles opciones de desarrollo que se puedan plantear como alternativas a lo existente, la empresa refleja en ella misma una buena parte de los problemas inherentes al sistema político e institucional que la consagra como punto de referencia. Porque

23 Cfr. GARMENDIA, J. A. "LA CULTURA DE LA EMPRESA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA". En: *Revista Española de Investigación Sociológica (REIS)*, N° 41, Madrid – España, Pág. 8.

la empresa es también, en lo que aquí interesa, una organización que ejerce un poder privado sobre personas. Poder social y económico, pero también técnico-jurídico, a través del reconocimiento a un sujeto, en una relación de deuda y crédito, de poderes y facultades

negadas al otro, reconducibles en sustancia al poder de imponer jurídicamente al otro las propias decisiones. En la empresa se configura una verdadera «autoridad» privada simbolizada en el ámbito de organización y dirección del empresario.²⁴

Por otro lado, queda por abordar un tema que va cobrando cada vez mayor importancia, doctrinal y normativamente, y que se halla ligado también a la tendencia a la progresiva conformación de una «legalidad» de empresa que requiere el consenso para administrar de manera plenamente eficaz las relaciones de trabajo. Y es un problema estrictamente relacionado con el carácter político que subyace a este mini ordenamiento cerrado, al plantear el régimen de garantías previstas para tutelar las posiciones activas del trabajador en cuanto ciudadano, la relevancia de la persona del trabajador como sujeto político también en el proceso de producción, en el ámbito de organización y dirección de la empresa. Quizá convenga previamente contextualizar los términos en los que el debate se plantea.

Es ya un tópico recordar que el régimen de libertades públicas que constituía el signo emancipador de la nueva sociedad burguesa y de sus ciudadanos, se anulaba ante la empresa como una de las principales formas de dominio generadas por la sociedad civil, en la que regía un principio estrictamente despótico, el cual se expresaba simbólicamente en el hecho de que el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor. Es decir, una zona franca y segregada de la sociedad civil, en la que sobreviven amplísimos espacios disciplinarios institucionalizados autoritariamente y en donde, en fin, el empresario gobierna la fábrica de idéntico modo al que «el monarca por derecho divino» manda a sus súbditos.

Como se sabe, la legitimación de esta relación de dominio reposaba en el contrato de trabajo, puesto que este hecho el poder privado era consentido por la persona del trabajador. Carecía, pues, de un fundamento político, al insertarse en la lógica tranquilizadora del contrato y del consentimiento al poder de otro que ya no es por tanto imposición ni coacción, ni puede ser, por definición, subvertido ni contestado en cuanto expresión de la voluntad del trabajador.

Sin embargo, mediante el encuadramiento de fuerza de trabajo en la organización empresarial, se estaba realizando una relación social «que a la larga no puede rechazar una consideración de tipo político». O, lo que es lo mismo, a esas relaciones sociales era fácil aplicar analógicamente la exigencia de democratización política que se había venido plasmando históricamente en la lucha de la burguesía contra el Antiguo Régimen.

Pero esta visión reivindicativa de la ciudadanía del trabajador en la empresa se planteó como recuperación de los aspectos económicos Y sociales de la misma -es decir, a través de la consecución de la igualdad sustancial, no formal-, que solo podía realizarse a través de lo colectivo, de la acción de las organizaciones representativas de los trabajadores. El constitucionalismo industrial tiene por tanto este sesgo, la generación de instituciones de

24 Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ. M. F. “EL PODER DISCIPLINARIO EN LA EMPRESA”, Editorial Civitas, Madrid – España, 1991, Pág. 21.

contrapoder colectivo. Este es el principio fundante de la democracia industrial, de la democracia Colectiva, según el cual la transposición a los centros de trabajo del sistema de libertades civiles se produce mediante la acción de los sujetos colectivos y su legalización en la empresa. Habrá que

esperar al post-68 para que, entre las nuevas maneras de «estar en la fábrica», se contemple la del disfrute del trabajador individual de los derechos que en cuanto ciudadano tiene reconocidos fuera de los lugares de producción.

Por otro lado, ***no deja de resultar paradójico esta cierta incompatibilidad entre ejercicio de derechos fundamentales de la persona y relación contractual de trabajo, cuando justamente se ha subrayado la implicación plena de la persona del trabajador en la prestación de su trabajo, la inseparabilidad de la persona de las energías que pone a disposición de otro. Y, por lo mismo, representa una constatación desalentadora para quienes pronostican una revitalización de las posibilidades reguladoras de la autonomía individual relativas a la esfera de intereses del trabajador no valorables económicamente, en donde este recobraría su condición de sujeto.***

Es como si se propusiera una dinámica de dos ciudadanías, fuera y dentro de la empresa. En su interior, funcionan como presupuestos del ejercicio de los derechos de los trabajadores una cierta lógica contractual entendida unilateralmente, la apreciación de las exigencias de la producción, la sumisión a las cláusulas que objetivan el poder empresarial, o el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario. La autoridad privada es un hecho técnico y neutral, que a lo sumo viene condicionado o ritualizado, especialmente frente a la acción colectiva, manteniendo siempre sus facultades de dirección de la organización empresarial inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático. No hay continuidad entre la ciudadanía externa a la empresa y dentro de ella; es mas, ambas parecen responder a lógicas antitéticas, pues los derechos fundamentales reconocidos «fuera» de la empresa son de difícil aplicación en la relación de trabajo, a salvo de su imposición legal o a través de la negociación colectiva.

En estas condiciones es difícil hablar de que los trabajadores son ciudadanos también en la empresa; se insertan mas bien en un orden segregado en el que existen ciertos mecanismos de racionalización del poder privado en que este consiste y que le impiden corromperse en puro arbitrio. Habría que concluir, por el contrario, que ***el trabajador, mediante un acto contractual, adquiere una peculiar ciudadanía de empresa, un suceso no muy afortunado del sistema de garantías que caracteriza a los regímenes políticos de nuestro tiempo y que se afirma como el elemento definitorio de todas las instituciones con relevancia constitucional.***

Volviendo al tema de la flexibilidad, ***la rigidez que se pretende combatir con organización del trabajo tiene su origen en las concepciones tayloristas de la Revolución industrial, concepciones que fueron introducidas por los propio empleadores.*** La rigidez del *taylorismo*, que Chaplin caricaturizó de manera genial en sus Tiempos Modernos se refleja en reglas de ejecución del trabajo muy estrictas, en la especialización del trabajador y en una muy escasa movilidad interna. Este esquema ya no puede continuar en vigencia, porque la estricta delimitación de tareas del *taylorismo* no puede resistir a los embates de las nuevas tecnologías. Tampoco puede hacer frente a las aspiraciones crecientes de los trabajadores, que buscan una organización más humana, menos atomizada de trabajo, en la que se les pueda brindar la oportunidad de estar más cerca del producto final que contribuyen a crear con su tarea. ***Al trabajo especializado en la línea de montaje, en que cada trabajador repite una sola operación durante toda su vida profesional, se opone el trabajo multitareas, en que el trabajador puede acompañar varias operaciones sucesivas de un mismo proceso productivo. A la tarea individual se opone el "grupo de producción", cuyos miembros definen discuten sus propias tareas, y al control de calidad externa se***

oponen los círculos de calidad, cuya finalidad es que cada trabajador se sienta motivado por el buen resultado del trabajo que efectúa.

Sin embargo, ninguna de estas transformaciones tiene lugar sin dificultades porque es forzoso que afecten a hábitos de trabajo y a prácticas bien establecidas que produzcan su impacto en las descripciones de tareas, que pongan en peligro las calificaciones profesionales y a veces la existencia misma de una profesión, o que amenacen el nivel de la remuneración. El conflicto entre el personal navegante de la compañía aérea francesa Air Inter y la dirección de la empresa, debido a la desaparición del "tercer hombre" en el puesto de pilotaje, como consecuencia de la introducción de aviones modernos concebidos para el pilotaje a dos, es un testimonio elocuente de estas dificultades.

La flexibilidad de la organización del trabajo es reflejo de una respuesta caracterizada frente a los problemas de adaptabilidad de la empresa al cambio tecnológico. De cara a dicho problema las empresas pueden despedir al personal que ya no necesitan, cuyas calificaciones se han vuelto obsoletas; pero también puede actuar sobre las tareas que asignan a ese personal, para lo cual necesitan redefinir las tareas, efectuar red despliegues internos y ocuparse del readiestramiento profesional de los trabajadores afectados. Se trata de dos maneras diferentes de abordar el problema de la movilidad de la mano de obra, movilidad que por consiguiente puede ser tanto externa o "numérica" (despidos o reclutamientos según las necesidades), como interna o "funcional" (reasignación de funciones). Prácticamente todas las empresas procuran combinar ambas alternativas, pero según los países los enfoques dan prioridad a una o a otra de ellas.

Los cambios más espectaculares que se están produciendo en la organización del trabajo van en el sentido de la polivalencia del trabajador y la atenuación de las demarcaciones que antes existían en el seno de la empresa, entre obreros y empleados, por un lado, trabajadores especializados y calificados por el otro, o en fin entre el personal de ejecución y el de supervisión, o entre el de producción y el de mantenimiento. Se vé por ejemplo, en una fábrica, la intercambiabilidad de funciones de electricista y de mecánico, o en una descripción de tareas se observa que un mismo trabajador asume tareas de manejo y de control de sistemas de fabricación integrada, diagnostica los desperfectos mecánicos más corrientes y efectúa las intervenciones de reparación a su alcance.

La clave de esta polivalencia es por supuesto la calidad de la formación profesional, la que debería estar en condiciones de preparar trabajadores polivalentes. Sin embargo, es aquí donde parecería que se encuentran algunos de los problemas mayores. Sucede en muchos países que las empresas no encuentran los trabajadores con las calificaciones que buscan, mientras que los sistemas de formación profesional parecería que se esfuerzan en promover calificaciones que las empresas no necesitan. No es extraño que los países en que existe una compenetración profunda entre los sistemas de formación profesional y las empresas, las tasas de paro entre los trabajadores jóvenes sean muy inferiores a las de los países en que esa compenetración no se da de la misma manera.

La organización tradicional del trabajo, como resume la teoría de la "gestión científica" de Frederick Taylor, establecía un centro de trabajo en el que los trabajadores del primer escalón tenían muy poco control sobre sus empleos. El trabajo se subdividía en tareas

minuciosamente definidas que podían llevar, cabo trabajadores semi - calificados o sin calificar, y todo poder de decisión autoridad correspondía a los administradores y supervisores. Este estilo organización laboral se caracteriza por la imagen de un trabajador situado frente a una cadena de montaje que repite las mismas tareas simples monótonas durante toda la jornada laboral.

El cambio tecnológico, la demanda de bienes y servicios de alta calidad por los clientes, el aumento de la competencia mundial y una fuerza laboral capacitada son factores todos ellos que han contribuido al aumento de flexibilidad en la organización del trabajo. Esta flexibilización significa apartarse del rígido estilo taylorista para adoptar practicas laborales variables, gracias a las cuales la empresa puede desplegar y trasladar rapidez a los trabajadores asignándoles diferentes tareas cuando la demanda de trabajo varía. Estas mismas formas de organización laboral incluyen cambios tales como la supresión de las clasificaciones de los puestos de trabajo, la capacitación de los trabajadores en la realización de tareas múltiples y el fomento del trabajo en equipo.

El primer beneficio que se obtiene de la organización flexible del trabajo es .que puede constituir una fuente fundamental de ventajas competitivas. Muchos empleadores han descubierto que pueden aumentar la competitividad introduciendo cambios en la organización del trabajo, incluida la agilización de las practicas laborales, reduciendo el número de clasificaciones de los puestos de trabajo, ampliando las definiciones de esos puestos y fomentando una mayor cooperación y el trabajo en equipo. Esto supone la participación y aportaciones de los trabajadores en la administración de esa organización. Los empleadores se benefician del hecho de que los trabajadores del primer escalón aporten sus conocimientos teóricos y prácticos de primera mano, y los trabajadores se benefician del hecho de disponer de un foro para sus ideas y preocupaciones.

Según investigadores australianos, tres factores principales influyen en el grado en que se adoptan nuevas formas de organización laboral. El primero es la naturaleza de la empresa o industria, en especial su grado de exposición a la competencia internacional. El segundo es la calidad de las relaciones entre trabajadores y empresa, en especial la voluntad de los empleadores de que empleados y sindicatos participen en las decisiones relativas a la introducción de cambios en la organización del trabajo. El tercer factor es la aplicación de nueva tecnología y el grado del cambio tecnológico que influye en la necesidad de desarrollar nuevas formas de organización laboral (estudio sobre Australia).

Por ejemplo, en la banca australiana se introdujeron cambios en la organización del trabajo para alcanzar el doble objetivo de reducir los costos y mejorar el servicio a los clientes. Se introdujeron cambios sustanciales en la estructura de las sucursales bancarias, entre otras cosas para estar mas cerca del cliente. Se centralizaron las actividades de gestión y préstamo de una determinada zona geográfica y se redujeron mucho las funciones de las diversas sucursales de manera que realizaran una serie de operaciones menos complicadas, lo que provocó cambios en la labor tradicional de empleados y gestores. Aunque se redujo la variedad de tareas de procesamiento, aumento la necesidad de conocimientos teóricos y prácticos del personal de las sucursales para llevar a cabo sus nuevas tareas de venta, en especial de los empleados de los bancos regionales que se vieron obligados a ser aun más polivalentes.

En el sector bancario de Francia, también se han registrado cambios estructurales similares ya que la creciente competencia ha obligado a diversificar los servicios ofrecidos. En vez de aplicar un criterio tradicional "segmentado" , según el cual diferente personal bancario proporciona diferentes servicios a los clientes, se desea que los empleados ofrezcan un servicio mas integrado. Cabría esperar que un sólo empleado desempeñe gran variedad de actividades, como por ejemplo, comprar y vender acciones para los clientes que utilicen el sistema Minitel, proporcionar a los clientes los saldos de sus cuentas mediante la computadora, establecer citas con los clientes que deseen concertar pequeños préstamos y comprobar su historial crediticio, y comprar y vender divisas extranjeras directamente por ventanilla. Además de realizar estas tareas, también se espera que los empleados bancarios de ventanilla franceses hagan trabajos administrativos de baja graduación, como por ejemplo la codificación de cheques. El alto grado de flexibilidad funcional entre esos empleados se ve facilitado por sus calificaciones y niveles de conocimientos prácticos relativamente elevados, en especial en comparación con esos mismos empleados de otros países. Es típico de los bancos franceses pedir un elevado nivel de entrada a los nuevos empleados de forma que puedan adaptarse mejor a cambios futuros.

Como demuestran los anteriores ejemplos de la banca, los trabajadores que actúan en un entorno laboral reestructurado suelen necesitar más conocimientos y mayor instrucción y capacitación, y mostrarse más adaptables que nunca hasta ahora. En vez de realizar una sola tarea, a menudo tienen que desempeñar varias, de forma rotatoria, y asumir niveles crecientes de responsabilidad en el trabajo. También se ha empezado a hacer mayor hincapié en el perfeccionamiento continuo de la calidad, lo que requiere más flexibilidad en las disposiciones laborales y confiar más en los conocimientos prácticos y la capacidad de los trabajadores.

Algunos sindicatos y empleadores han recurrido a comités de empresa como medio para examinar, evaluar, aplicar, administrar y valorar diversos tipos de prácticas en el centro de trabajo. Por ejemplo, el Sindicato Canadiense de Trabajadores del Sector Público (CUPE) suele establecer comités de este tipo para estudiar cuestiones que suponen practicas laborales innovadoras. En varios acuerdos concertados en 1995 pidió el establecimiento de un comité de teleconmutación, otro de reparto del trabajo y un comité de disposiciones laborales flexibles, cada uno de los cuales se encargo de estudiar más a fondo estas cuestiones. Luego tenían que comunicar sus conclusiones y recomendaciones al comité negociador, antes de que se iniciara el proceso de renovación contractual. Si los representantes de los trabajadores y de la empresa se ponían de acuerdo sobre las recomendaciones del comité, podían aplicarlas de forma oficiosa antes de iniciar la siguiente ronda negociadora.

A pesar de la necesidad creciente de una mayor flexibilidad del trabajo, no todos los intentos de introducir cambios en la organización laboral se han desarrollado con tanta facilidad como en los casos citados de Australia y el Canadá. Como ejemplo de la complejidad del paso de un modo de organización laboral a otro, especialmente en los países en desarrollo, resulta útil examinar el caso de la Republica de Corea. Las empresas de dicho país han avanzado con mucha rapidez en un plazo relativamente breve, pero todavía se encuentran a mitad de camino entre las formas tayloristas de organización del trabajo y practicas laborales más innovadoras.

El éxito de la introducción de la flexibilidad en la organización del trabajo depende de diversos factores, de los cuales no es el menos importante el compromiso de la empresa y los trabajadores de aplicar esos cambios. En comparación con las demás formas de flexibilidad ya examinadas, los cambios en la organización del trabajo requieren una

participación más activa de los trabajadores. Por ejemplo, en un entorno laboral reestructurado, normalmente se pide a los trabajadores que utilicen su capacidad de resolver los problemas, en vez de apoyarse en la empresa para que los resuelva uno a uno.

De igual importancia es el grado en que la reforma de la practica laboral avanza paralelamente a otros tipos de flexibilidad, como los cambios salariales, de los contratos laborales y del tiempo de trabajo. Por ejemplo, la combinación de diversas prácticas laborales perfeccionadas para flexibilizar la organización del trabajo con un programa de despidos masivos quizás no consiga la flexibilidad funcional deseada de agilizar la producción. Por consiguiente, la cuestión de la <<flexibilidad de procedimiento>> - o firmeza y aceptabilidad del procedimiento, y manera cómo se utiliza para lograr la combinación adecuada de flexibilidades - pasa a ser una consideración decisiva.

Los esfuerzos para salir de una organización del trabajo basada en limites rígidos de las tareas laborales no constituyen un fenómeno nuevo. Además de los acuerdos de Fawley sobre productividad de 1960 a los que antes se ha hecho referencia, varias otras iniciativas encaminadas a flexibilizar la organización del trabajo adquirieron popularidad en todo el mundo industrializado durante la primera mitad del decenio de 1970. Se conocían a menudo como movimientos de «calidad de vida laboral» o programas de humanización del trabajo», que reflejaban el reconocimiento creciente de los efectos negativos de la limitación rígida de las tareas, tanto sobre la productividad como para la satisfacción laboral de los trabajadores.

No obstante, los cambios que se producen en la actualidad son diferentes los anteriores, en sus objetivos y efectos. Las reformas laborales del decenio 1970 intentaban aumentar la productividad mejorando las condiciones laborales y reduciendo los costos económicos de las diferentes manifestaciones de descontento de los trabajadores respecto de las formas de organización laboral existentes. En cambio, los actuales intentos de reforma del trabajo pretenden ante todo optimizar el aprovechamiento de las capacidades humanas en un sistema especial de producción. También afectan a las condiciones laborales en muchos centros de trabajo de manera más significativa que en intentos anteriores, ya que la oposición a los cambios es menor debido al poder negociador de los empleadores y a la existencia de un consenso amplio respecto de la necesidad de introducir reformas.

Países con tradición de rigidez en la fijación de las tareas profesionales, por ejemplo el Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, el Canadá y los Estados Unidos, han registrado en general las presiones más fuertes a favor de la reforma de la organización del trabajo, así como los mayores problemas cuando han intentado hacerlo. En cambio, en los países escandinavos las reformas laborales han consistido en un proceso de cambio relativamente gradual desde el decenio de 1970. En otros países como el Japón los límites fijados a las tareas de los trabajadores han sido tradicionalmente flexibles.

En suma, han surgido muchas empresas con elevado rendimiento que presentan algunas de las características arriba examinadas. En parte como resultado de ello, esas prácticas se difunden cada vez más. Por consiguiente, si bien pocas organizaciones han podido romper con los sistemas de trabajo jerárquicos, la tendencia actual se mueve en esa dirección y podría acelerarse si cambiara la opinión sobre la administración eficiente de las empresas.

2.4 LA OFENSIVA NEO LIBERAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN

La principal herencia de la socialdemocracia, durante el siglo XX, ha sido la construcción del Estado de Bienestar en un número significativo de países. G. Tortella ha sostenido,

recientemente, que la verdadera revolución del siglo XX ha sido el desarrollo de esta forma de Estado. En términos de una construcción política y social, que ha sido capaz de colocar ciertos límites al capitalismo y de modificar algunas de sus lógicas de funcionamiento, habría que darle la razón a Tortella. También en el sentido, de que ha sido la única formulación, de impronta socialista, que ha sobrevivido el siglo XX, y que a pesar de sus críticos, goza de una razonable buena salud.

2.4.1 LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR: EUROPA DESPUÉS DE LA CRISIS DE LA DÉCADA DE LOS 70

La expresión “Estado de Bienestar” se refiere al sistema social occidental que surge después de la Segunda Guerra Mundial y que se caracteriza por un sistema mixto de capitalismo de bienestar y de democracia liberal. ***Su principal objetivo es buscar el “bienestar” de sus ciudadanos mediante diversas intervenciones en la economía de mercado, como la búsqueda del pleno empleo y el fomento de los servicios de bienestar social.*** El Estado — y, más concretamente, sus instituciones y políticas— adquieren, así, una gran responsabilidad respecto del bienestar de sus ciudadanos.²⁵

A continuación realizaremos algunos apuntes sobre el “Estado de Bienestar”.

2.4.1.1 SOBRE LOS ORÍGENES DEL ESTADO DE BIENESTAR

No existe consenso entre los historiadores sobre la fecha de nacimiento del Estado de Bienestar. Un número importante de expertos sitúa su origen en la legislación social alemana del período tardío del gobierno de Otto von Bismarck, donde se promulgaron leyes sociales como la ley de seguro de enfermedad y maternidad (1883), la ley de accidentes del trabajo (1884) y la ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción (1889).

Para otros, el Estado de Bienestar, es una construcción propiamente del siglo XX, cuyo origen está situado con posterioridad a la segunda guerra mundial, y su principal antecedente es la construcción del sistema público inglés de protección social integrado y universal que se desarrolló entre 1945 y 1948.

HECLO, más cercano a la primera tesis, distingue tres períodos históricos en la construcción del Estado de Bienestar europeo: un período de experimentación que va desde 1870 hasta los años veinte del siglo XX; uno de consolidación entre 1930 y 1940; y otro de expansión entre 1940 y 1960.

Otros autores, como Rodríguez Cabrero, han hecho una diferenciación entre el acercamiento conservador y el socialdemócrata al tema de la protección social. Este autor establece así, una distinción conceptual entre “Estado social” y “Estado de bienestar”.

²⁵ Cfr. MORENO, Luis. “UNIÓN EUROPEA Y ESTADO DE BIENESTAR”, CSIC, Madrid – España, 1997, Pág. 12.

El primero, correspondería a las primeras experiencias de protección social iniciadas por Bismarck hacia fines del siglo XIX y su orientación básica sería una integración social vertical; una manera de compensación a la falta de libertades ciudadanas y a la exclusión de que era objeto en aquellos años el movimiento obrero organizado. Para el citado autor, esta experiencia correspondería a una reforma social autoritaria, de integración subordinada de las clases

trabajadoras; en definitiva, una legislación de contención social en un contexto histórico político de ausencia de democracia y de fuerte exclusión social.

Por su parte, el moderno Estado de Bienestar, de factura socialdemócrata, se distinguiría, por la realización de los sistemas de protección social en el marco de un desarrollo de la democracia y en donde la política social se concibe "como expansión de los derechos sociales o materialización de los derechos políticos democráticos".

Más allá de sus orígenes y de su compleja trayectoria histórica, lo cierto es que el Estado de Bienestar se consolidó en diversos países, particularmente del centro y norte de Europa y con sus particularidades en Norteamérica a partir de 1945 (países como España y Portugal construirían su Estado de Bienestar durante la década del 80, paradójicamente, en pleno auge del neoliberalismo).

Entre 1945 y 1974 estas sociedades junto con asegurar los derechos sociales básicos de su población, a través de la construcción de sus respectivos Estados de Bienestar, experimentaron un espectacular crecimiento económico, constituyendo una verdadera "época dorada". Este esplendor económico llega a su término en la década del 70 con la crisis del petróleo: el estancamiento económico y la inflación configuran un delicado cuadro, que coloca a estas economías en crisis, lo que de paso, favorece la emergencia de las ideas neoclásicas, las cuales critican duramente al Estado de Bienestar por su gasto público, regulaciones e interferencias del libre mercado, proteccionismo, por la influencia sindical, y las dificultades de su financiación en el contexto demográfico de una población envejecida, etc.

Durante la década de los 80 y 90 el Estado de Bienestar ha venido siendo sometido a diversas correcciones, pero se mantiene su arquitectura esencial inalterada, y con un grado de legitimidad social con que, probablemente, no contaban los políticos y economistas neoliberales.

Durante la década del 80 se intentó su reformulación drástica en Inglaterra por parte de la Thatcher, pero la escasa disminución del gasto público durante su gestión, indica que hubo bastante más de retórica que de realidad en su intento de reforma. Experiencias más interesantes de transformación del Estado de Bienestar son las de Francia y Holanda, donde se lograron importantes modificaciones en base a medidas audaces como la reducción la jornada laboral en Francia, y un histórico acuerdo entre trabajadores y empresarios en el caso holandés.

2.4.1.2 SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS Y TIPOS DE ESTADO DE BIENESTAR

Así como existen diversas interpretaciones sobre los orígenes del Estado de Bienestar, también existe una diversidad de interpretaciones sobre las características que lo definen. Probablemente, porque el Estado de Bienestar es una construcción social e histórica, siempre específica a cada país, lo que hace difícil trabajar con categorías de clasificación muy rígidas. Ciertamente existen algunas características comunes y regularidades, pero su concreción histórica siempre es particular.

No obstante ello, conviene revisar ciertas definiciones básicas dadas por algunos autores sobre el Estado de Bienestar. Según Bandrés, los objetivos del Estado de Bienestar, son básicamente tres: a) Dar seguridad económica y social a las personas; b) reducir las desigualdades, y c) desarrollar políticas para eliminar la pobreza. Por su parte, M. Ferrera define en los siguientes términos el Estado de Bienestar: "un conjunto de respuestas de políticas

públicas al proceso de modernización, consistente en intervenciones en el funcionamiento de la economía, las cuales se reorientan a promover la seguridad e igualdad de los ciudadanos, introduciendo, entre otras cosas, derechos sociales específicos dirigidos a la protección en el caso de contingencias preestablecidas, con la finalidad de aumentar la integración social...."

Briggs, por su parte, caracteriza el Estado de Bienestar, a partir de la manera como éste intenta interferir en el libre juego del mercado, evitando los desequilibrios sociales que de éste suelen derivarse: *"(En el Estado de Bienestar) el poder organizado es deliberadamente usado (a través de la política y de la administración) en un esfuerzo por modificar el juego de las fuerzas del mercado en al menos tres direcciones: primera, para garantizar a los individuos y familias una renta mínima independientemente del valor del mercado de su trabajo o propiedad; segundo, reducir la amplitud de la inseguridad para facilitar a individuos y familias satisfacer ciertas "contingencias sociales" (por ejemplo, enfermedad, vejez y desempleo) que conducen de lo contrario a crisis individuales y familiares; y tercero, para asegurar que a todos los ciudadanos sin distinción de status o clase les sean ofrecidos los mejores estándares disponibles en relación a cierta gama acordada de servicios sociales"*.

Monereo, a su vez, enfatiza el tema del Estado de Bienestar como la expresión de una responsabilidad social compartida hacia el conjunto de la comunidad. Para este autor el Estado de Bienestar es *"aquella forma de organización del poder político en la comunidad que comporta una responsabilidad de los poderes públicos en orden a asegurar una protección social y bienestar básico para sus ciudadanos. Implica la provisión de una serie de servicios sociales, incluyendo transferencias, para cubrir las necesidades humanas básicas de los ciudadanos de una sociedad compleja y cambiante y la responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida a todos los ciudadanos pertenecientes a una comunidad política"*.

Por otra parte, existen diversos tipos de Estado de Bienestar. Para efectos de este trabajo distinguiremos tres: a) una forma residual o liberal, b) uno "institucional" o socialdemócrata y c) modelos intermedios.

La forma liberal o residual de Estado de Bienestar correspondería a países como Estados Unidos, Canadá y Australia. En este modelo el Estado juega un papel subsidiario en la satisfacción de las necesidades y las instituciones públicas de bienestar interviene cuando los mecanismos "naturales" o tradicionales de satisfacción de necesidades -la familia y el mercado básicamente- fallan o son insuficientes. La forma de intervención estatal es mediante la garantía de subsistencia mínima en la prestación de determinados servicios.

Por su parte, en el tipo "institucional" o socialdemócrata más puro, el Estado está comprometido con políticas activas de promoción de la solidaridad e igualdad. En este modelo adquieren relevancia las políticas de planificación y solidaridad salarial, predominan las transferencias universales, altas tasas de sindicalización, alto gasto público y niveles importantes de desmercantilización de las relaciones sociales. Se los ha denominado también "Estados de bienestar intervencionistas fuertes". Estos son los casos de Suecia, Noruega, Finlandia.

Entre estos dos modelos, existe una amplia gama de fórmulas intermedias de Estado de Bienestar, siendo el caso más paradigmático Alemania (se lo ha llamado también "Estado de Bienestar compensatorio blando"). En este éste, el mercado laboral y su regulación, es el mecanismo principal de asignación inicial de los recursos. Las instituciones de bienestar social juegan un papel auxiliar de la economía y de la acción del mercado. Este modelo no provee cobertura a todo el mundo, sino a aquellos que han realizado las contribuciones o cotizaciones

necesarias en el pasado. Los beneficios, prestaciones y servicios guardan una relación con las contribuciones realizadas.

Gomá, denomina a este modelo "corporativo" y señala que sus características principales son: tasa sindical media, negociación laboral centralizada, régimen de transferencias contributivo y conectado con el nivel salarial, altos niveles de gasto público pero niveles medios de desmercantilización, desigualdad moderada en cuanto a la estructura de rentas. Este modelo no está diseñado para provocar un importante efecto redistributivo entre diferentes grupos sociales, sino para redistribuir la renta y el ahorro a lo largo del ciclo vital de los individuos y familias, cubriendo las situaciones de necesidad ante situaciones de riesgo (accidentes, enfermedad, desempleo) o cuando se ha entrado en un período de inactividad laboral (jubilación).

2.4.1.3 DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Se trata del viejo y nunca bien resuelto tema de las limitaciones del Estado liberal democrático para dar respuesta a la "formalidad" que adquiere la igualdad jurídico-política de las personas en la común condición de ciudadanos, cuando éstas no han resuelto ciertas necesidades sociales básicas. Se trata, entonces, de que para alcanzar la ciudadanía política plena, se requiere el reconocimiento de una "ciudadanía social", la cual vendría dado por un tipo organización política como el Estado Social de Derecho.

El calificativo social quiere hacer ahí referencia a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de los objetivos de justicia social. Y paralelamente actúa como meta la consecución de un bienestar social que configura precisamente al Estado social de Derecho como Welfare State y como Estado material de Derecho.

T.H. Marshall plantea que han existido dos influencias opuestas en las sociedades modernas desde sus comienzos: los efectos polarizadores de la economía capitalista, por un lado, y los efectos integradores de la ciudadanía.

El Estado Social de Derecho se constituye así en la salida histórica a la dialéctica entre un Estado liberal abstencionista y un sistema socioeconómico de libre mercado que genera expansión económica pero también desequilibrios sociales importante; una salida posible a la contradicción entre un reconocimiento de la igualdad de las personas en la esfera política y su negación o relativización en la esfera económico-social.

Finalmente, conviene ser lo suficientemente explícito sobre dos aspectos: la identidad socialdemócrata está indisolublemente ligada a la construcción de un Estado social de Derecho (es inimaginable al margen de ésta), pero a la vez, la construcción de esta forma de Estado, en alguna de sus variantes, constituye un hecho siempre específico a cada país y región del mundo, en términos políticos, económicos y culturales. La construcción de un Estado de Bienestar es un proceso histórico largo y complejo: su épica se diluye en múltiples luchas cotidianas por leyes sociales más justas e instituciones y mecanismos estatales y societales de bienestar; y en la transformación cultural de una sociedad que va haciendo colectivamente la opción de ir realizando la plenitud democrática, a través del reconocimiento de la ciudadanía económica y social de los individuos.

2.4.1.4 DESIGUALDAD SOCIAL Y LEGITIMIDAD DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Ya Thomas Henry Marshall observaba como crucial para la ciudadanía social el desarrollo de políticas públicas sociales, las cuales representan la manifestación tangible de la existencia de una comunidad política o república de ciudadanos libres y solidarios entre sí. Para Marshall los efectos de las políticas sociales posibilitarían comunidades más cohesionadas y un enriquecimiento de la vida civilizada. Aunque no evitarían la reproducción de la desigualdad social, las políticas sociales sí pueden procurar una mayor nivelación de recursos entre las clases. Además, sí facilitarían la 'igualdad de oportunidades', es decir, harían posible que al margen de las diferencias de clase, edad, raza o género, los ciudadanos tuviesen los mismos derechos para desarrollar sus potencialidades vitales.

Las políticas públicas sociales son intervenciones públicas que afectan la distribución de las oportunidades vitales de los ciudadanos, la mejora de su calidad de vida y de su bienestar personal. En general las políticas públicas afectan al individuo (reguladoras y distributivas), o al conjunto social (redistributivas y constituyentes).

Las políticas sociales son generalmente de carácter redistributivo ya que comportan transferencias y equilibrios de recursos y capacidades entre unos ciudadanos y otros.

Las políticas sociales se relacionan con las educativas para una mayor y mejor instrucción formal de los ciudadanos, o con aquellas que procuran una promoción de la salud o facilitan el acceso a una vivienda. Todas ellas son 'sociales' con carácter amplio. Incluso las condiciones relativas al mercado de trabajo, como son los servicios provistos por las empresas, por ejemplo, son importantes en la procura del bienestar de los asalariados. Las actuaciones en estos cuatro niveles de protección social contribuyen decisivamente al desarrollo integral de las personas en el desenvolvimiento de su vida ciudadana.

El Estado del Bienestar corresponde al conjunto de instituciones estatales proveedoras de políticas sociales dirigidas a la mejora de las condiciones de vida, a facilitar la integración de clases y grupos sociales, nivelando e igualando --aunque no homogeneizando-- sus recursos materiales. La igualdad de derechos ciudadanos, y en especial de aquellos que atañen directamente al bienestar básico de las personas, ha hecho soportables las desigualdades de riqueza generadas por los sistemas capitalistas y ha atenuado los conflictos sociales que intrínsecamente conlleva. En realidad, la ciudadanía social asociada al desarrollo del Estado del Bienestar ha garantizado una mayor igualdad de oportunidades vitales y de redistribución de recursos materiales, legitimando en tal proceso la desigualdad intrínseca al modo de acumulación capitalista.

El Estado del Bienestar es una invención europea cuya génesis institucional se remonta a finales del siglo XIX. La seguridad social, su núcleo característico, establece unos mecanismos obligatorios de solidaridad. Con la progresiva consolidación del Estado del Bienestar tras la Segunda Guerra Mundial, en lo que se ha dado en conocer como Época Dorada del capitalismo del bienestar, se consolidó progresivamente en el mundo industrialmente avanzado un tipo de democracia compuesta y de economía mixta. En tales sociedades democráticas los poderes públicos intervienen activamente en la promoción de los derechos sociales mediante el sostenimiento de instituciones asistenciales y de seguridad social para hacer frente a los riesgos vitales (ancianidad, desempleo, enfermedad o pobreza, pongamos por caso). La amenaza para las democracias capitalistas del bienestar no estaría provocada tanto por los conflictos sociales

generados por la lucha de clases, sino por el mal funcionamiento de los procesos de legitimación social en los estados del bienestar provocados por las crisis fiscal o sobrecarga presupuestaria.

En dicha situación a una explosión de demandas ciudadanas de más y mejores servicios sociales se corresponde una implosión de decisiones provocada por la contradicción entre la legitimación de las democracias liberales y la erosión de los dispositivos de acumulación capitalista.

En términos generales, se ha narrado la causalidad moral del Estado del Bienestar recurriendo a la parábola evangélica del 'buen samaritano', referida a aquel viajero en camino desde Jerusalén a Jericó, asaltado y robado por los ladrones, y socorrido por motivos de compasión y solidaridad por el 'conciudadano' anónimo. Trasluce de este episodio la idea de una trama de vinculaciones entre los seres humanos consecuencia de la naturaleza social de la condición humana que compromete a todos los ciudadanos. En paralelo al imperativo moral de inspiración cristiana pueden citarse otras 'narraciones causales' de carácter secular ilustrativas de la mutua obligación cívica. El concepto sociológico de empatía, o proceso interactivo por el cual una persona se 'identifica' o se 'pone en el lugar' de otra, sirve para interiorizar actitudes, expectativas y percepciones mediante las cuales los riesgos de la vida se desindividualizan, o pasan a ser comprendidos y compartidos como deber ciudadano de unos respecto de otros. Así, al empatizar con pobres y excluidos, incluso los ciudadanos en situación económica favorable circunstancial toman conciencia de su potencial precariedad y establecen lazos solidarios de reciprocidad.

Otros ejemplos seculares de justicia social conciernen a los conceptos neo contractualistas del 'velo de la ignorancia' y la 'posición original'. La idea principal que subyace en ellos es que las personas concebidas como libres e iguales, más allá de sus aditamentos sociales y económicos personales, deben convenir en unos principios de justicia básicos que comporten necesariamente el bienestar mínimo e imparcial de la sociedad en su conjunto. Las tesis rawlsianas apuntan a que las desigualdades sólo son 'equitativas' si con ellos los ciudadanos menos favorecidos de la sociedad resultan beneficiados. La legitimación de la desigualdad se basaría, además, en el principio de 'irrestrictividad' de la movilidad social. Es decir, estatus y roles de preeminencia social deberían ser accesibles a todos los ciudadanos.

Tales asunciones legitiman la acción pública para la reconducción de impulsos de autointerés y egoísmo de los ciudadanos en otros de solidaridad y altruismo. La vida de las personas es azarosa y comporta riesgos que poseen un carácter interdependiente que no cabe atomizar en el círculo íntimo de cada persona, y que se plasman en categorías de riesgo colectivas. Sin embargo, desde una perspectiva liberal individualista se nos asegurará que el amor propio es una garantía de un comportamiento social virtuoso: lo que no queramos para nosotros, tampoco lo querremos para los demás. Se produciría, de este modo, un límite 'natural' a los excesos de un individualismo depredador. Sucede, no obstante, que en la 'libre' concurrencia de las personas por procurarse bienestar, el mercado no toma en cuenta las necesidades de aquellos individuos menos capacitados, los cuales quedan sujetos a riesgos individuales irreversibles que sólo la comunidad corresponsable puede paliar.

2.4.1.5 BASES MORALES, ECONÓMICAS Y POLÍTICAS DE LA VIDA SOCIAL CONTEMPORÁNEA. LIBERALISMO INDIVIDUALISTA Y LIBERALISMO SOCIAL

La comunidad moral en condiciones de modernidad estableció el principio de pertenencia a una politeya como responsabilidad tanto individual como colectiva de sus ciudadanos. Empero, existen visiones teóricas contrapuestas respecto a cuáles deberían ser las institucionalizaciones de ambos ámbitos de responsabilidades individual y colectiva entre derechos y deberes ciudadanos. Dos expresiones divergentes del pensamiento liberal sirven para ilustrar tales disparidades a la hora de hacer efectivo dicho principio civilizador. Para el pensamiento de corte neoliberal, no existen medios ni criterios que puedan establecer una jerarquía colectiva de deberes ciudadanos más allá del establecimiento de un marco mínimo institucional que garantice el intercambio 'libre' de ideas y mercancías.

A su vez para el liberalismo igualitarista existe un deber u obligación moral de la comunidad en la provisión de los medios para que éstos cubran las 'necesidades básicas' de todas las personas, ya que su inexistencia imposibilitaría el cumplimiento de los respectivos deberes individuales de los ciudadanos en situación de precariedad.

En un punto de encuentro entre ambas concepciones contrapuestas podría argüirse que la existencia de unos derechos comunitarios mínimos debería evitar que los ciudadanos fuesen privados del acceso a los bienes básicos.

Las sociedades modernas otorgaron carta de naturaleza al mercado y al estado como instituciones reguladoras del bienestar común. La primera institución articula los valores del autointerés individualista y del cálculo económico de carácter instrumental en las relaciones materiales entre los ciudadanos. La segunda institución ha sido depositaria de la autoridad de carácter coercitivo, asumiendo funciones de procura asistencial. Tanto una como otra han contribuido a disipar en variantes ideológicas contrapuestas (libertaria y estatista) las responsabilidades morales de los ciudadanos con respecto al cuerpo político, o politeya, del que forman parte. Incluso en postulados ideológicos menos 'extremos', el sentido de obligación moral de los individuos respecto a sus conciudadanos tiende a debilitarse bien se ponga el acento en la mercantilización o en la socialización (ideologías conservadoras y socialdemócratas, pongamos por caso).

Al asumir el estado desde su legitimidad democrática una responsabilidad en la procura de asistencia colectiva, puede suceder que los ciudadanos 'olviden' su propia obligación individual, disolviéndose vicariamente la solidaridad general en una acción estatista por el bienestar común. De así suceder, la solidaridad del conjunto de la sociedad civil puede disminuir al generalizarse una solidaridad institucionalizada de tipo mecanicista.

Especialmente en los estados del bienestar de tipo universalista el transvase de un gran número de responsabilidades al sector público, posibilitado mediante altas transferencias redistributivas fiscales, puede conllevar la extensión de un tipo de 'responsabilidad anónima' que puede encubrir la obligación moral individual respecto al conjunto social.

Convenida la responsabilidad individual ciudadana como imperativo moral por el bienestar social de sus conciudadanos, las actuaciones interpuestas de los poderes públicos no son eximentes de la iniciativa social y ciudadana. Ésta se manifiesta en una panoplia de asociaciones altruistas, u organizaciones no gubernamentales (ONGs), que son reflejo del nivel civilizatorio y la calidad democrática de la sociedad donde se manifiestan.

2.4.1.6 CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

El marco social, más exactamente económico, político y social, en el que nos encontramos viene caracterizado por una doble ruptura con aquellos elementos más definitorios de nuestra sociedad en los años inmediatamente posteriores a la II Guerra Mundial. Por un lado, el hundimiento simultáneo del sistema soviético y de la opción socialdemócrata clásica ; por el otro, el hundimiento del pacto keynesiano para la organización y gestión de la economía y (éste supuestamente) el hundimiento de los sistemas llamados tayloristas o fordistas de organización del trabajo.

Alejandro Miquel²⁶ ha expuesto muy gráficamente estos cambios en su estudio sobre la cultura del trabajo, tomando como base los análisis de Antonio Gramsci (como Vladimir Lenin político, revolucionario y estudioso del fordismo) y Daniel Bell (sociólogo conservador, teórico del postindustrialismo), mostrando como se ha pasado de “la emergencia de lo económico”, en donde “el hombre-colectivo es su protagonista ; pero también su resultado social e ideológico” y el trabajo es el centro, “una actividad que no se restringe a la producción ni en el ámbito ni en el tiempo, sino que se instaura como principio explicativo del hombre moderno”, a otra situación en donde “la sociedad de clases se debilita, la identificación de lo político con lo económico se disuelve” y, además, “la centralidad del trabajo como nexo de unión entre la sociedad y el individuo en proceso de socialización deja de ser real”.

Armando Fernández Steinko²⁷ se ha centrado también en estos cambios y rupturas al describir los ciclos de democratización sucesivos, y el también sucesivo agotamiento de los mismos (un “primer ciclo 1.917-1.924”, un “segundo ciclo “1.944-1950” y el “tercer ciclo 1.968-1.980”) con la consiguiente necesidad de plantear “un nuevo ciclo de democratización económica y empresarial” para los finales del siglo XX e inicios del siglo XXI.

Pero, además, estas rupturas se producen dentro de una contradicción (o un sistema de contradicciones, si se prefiere) que en muchos aspectos y componentes desborda los planteamientos, y las relaciones, estrechamente clasistas. Por un lado, una mayor extensión, al menos teórica, de las libertades, tanto de las libertades políticas como, y sobre todo, de la libertad de mercado ; por otro lado, un cierre a las posibilidades de consecución y disfrute de esas libertades de forma universalizada debido a las cada vez mayores desigualdades, en todos los órdenes, acompañadas de una cada vez mayor exclusión de extensos colectivos, y esto significa mayores desigualdades y mayor exclusión entre y para regiones geográficas y políticas, entre y para las diferentes clases de una región, entre y para individuos dentro de esas regiones y clases. Todo ello en un proceso, él a su vez contradictorio, de permanente globalización acompañada del reforzamiento de identidades y diferenciaciones regionales y locales.

Este marco, que implica, para el planteamiento de alternativas transformadoras como podrían ser las de democracia económica, el partir en gran medida de una falta de antecedentes

²⁶ Cfr. MIQUEL, A. “LA CULTURA DE TRABAJO: DIMENSIONES COMPARATIVAS”. En: *Los modelos organizativos y el papel del trabajo*, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2002, Pág. 48.

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ STEINKO, A. “HILVANANDO UN NUEVO CICLO DEMOCRATIZADOR EN ECONOMÍA Y EMPRESA”. En: *Sobre la democracia económica*. Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001, Pág. 73.

históricos válidos, de experiencias de apoyo, debido a las rupturas y contradicciones aquí muy someramente indicadas, se complica enormemente porque el sujeto político y económico de referencia clásico que debería llevar adelante, implementar, las propuestas, es decir, el conjunto de los trabajadores asalariados (o una parte sustancial de los mismos) aparece fuertemente fragmentado, sin que se pueda identificar de forma clara a un grupo mínimamente homogéneo

dentro de ese conjunto como portavoz de esas propuestas, tal y como lo había sido en los periodos previos (periodos identificados por Fernández Steinko) el grupo de los trabajadores manuales, fundamentalmente los de género masculino, de la industria, la minería, la construcción, los servicios públicos y el transporte.

Las divisiones entre los asalariados por tipo de contrato laboral, por el disfrute de derechos laborales, incluso socio-políticos, por la edad, el género, la etnia, son en nuestros días el elemento caracterizador básico del conjunto salarial. Pues bien, en este marco y por él condicionadas, es donde deben plantearse las propuestas y las alternativas de democratización de la actividad económica : a) al nivel de toda una sociedad, a nivel regional supranacional y a nivel global, lo que se ha dado en llamar el nivel macro ; b) a nivel de las empresas, unidades productivas (de bienes y servicios) y centros de trabajo, lo que se ha dado en llamar el nivel micro.

La crisis económica de los años 70 hizo tambalearse los cimientos del Estado de Bienestar Keynesiano y muchos comenzaron a cuestionar su validez, dudando, no solamente de la conveniencia de las intervenciones estatales, sino también de su capacidad de extender los servicios sociales y de lograr el pleno empleo. Tanto desde la derecha como desde la izquierda se criticaron sus supuestos políticos, económicos y sociales.

En los años noventa la mejora de la situación económica de bastantes países occidentales hizo que de nuevo resurgiese la idea del Estado de Bienestar, así como las preguntas en torno al empleo, los salarios, los servicios sociales, la vivienda, las pensiones, etc.

Se volvía a abrir así un nuevo debate que, todavía hoy —ya en el siglo XXI— mantiene su vigencia. Pese a dicha mejora económica, en las sociedades europeas modernas nos encontramos con fenómenos sociales como la exclusión, la marginación, la pobreza, etc.

Por ello es necesario desarrollar modelos de intervención que respondan a las nuevas situaciones sociales y psicológicas de las personas en aquellas sociedades modernas.

La integración del individuo en la sociedad refleja la influencia de diversos factores condicionantes, siendo la edad (con sus etapas evolutivas de infancia, juventud, edad adulta, vejez), el género, el poder económico y social, la identidad cultural, etc., los fundamentales para la calidad de la misma. Sin embargo, las sociedades industriales garantizaban hasta épocas recientes la integración de la mayoría de los ciudadanos pero la situación ha cambiado en las últimas décadas.

En aquellas sociedades modernas (o de la información como las llaman algunos) han irrumpido factores tan importantes como los medios de comunicación, la tecnologización de los medios de producción, la globalización financiera y del trabajo, la inmigración, la concentración creciente del poder, etc., que han transformado nuestras sociedades en la línea de un mayor riesgo, fragmentación y diferenciación.

24.2 LA OFENSIVA NEOLIBERAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN

Nos encontramos en un mundo con tendencia a la globalización, lo que provoca tensiones y cambios en los ámbitos político, económico y social. Entre todas las variaciones producidas, pocas han sido más profundas que las referidas al mercado del trabajo y a la propia

naturaleza del trabajo. La mundialización de la economía, el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo, la sociedad y las personas, el envejecimiento de la población, la incorporación de la mujer al trabajo y el nivel persistente de paro se han combinado para crear tensiones sin precedentes en el tejido económico y social de los países desarrollados.

Las tensiones han sido enormes. Por un lado, hay nuevas oportunidades: mayores posibilidades en cada puesto de trabajo y mejores comunicaciones. Por otro, amenazas insurgentes: cambios continuos en la carrera, desempleo de larga duración, inseguridad en el empleo generalizada, deslocalizaciones de empresas. Máquinas y sistemas se han vuelto flexibles y las personas han seguido ese camino. Si las máquinas se adaptan y se reconvierten, los que las manejan deben poseer estas características.

La previsibilidad de la demanda, con un escaso margen de error, es un factor vital para realizar la producción de la manera más eficiente, obteniendo economías de escala. Asimismo, le permite al sector servicios determinar con bastante fiabilidad el flujo y la intensidad de la actividad en cada momento.

En el momento actual, la previsión de la demanda quiebra, de tal manera que la supervivencia de la empresa depende principalmente de su capacidad para adaptarse lo antes posible a las condiciones cambiantes del mercado y de la competencia. La producción debe modificarse de manera constante o periódica, según el sector, para hacer frente a las fluctuaciones de la demanda, exigiéndose la máxima flexibilidad de los trabajadores.

Este tipo de formulación resultaría prácticamente imposible sin un cuadro de personal capaz de adaptarse con carácter permanente a las nuevas ideas adoptadas y de participar en la organización. La flexibilidad laboral ha existido siempre. Los turnos de trabajo, los trabajos de temporada, la multiplicidad de contratos, las personas que trabajaban fuera de las instalaciones de la empresa han sido elementos presentes en la reciente historia económica. Lo que ha variado es la intensidad en que todas estas formas de flexibilidad han consolidado su evolución.

Una dificultad para definir al neoliberalismo y a la exclusión radica en que hay varios neoliberalismos y varias exclusiones. No es lo mismo el "neoliberalismo argentino" que el "inglés"; y, por otra parte, decimos que el obrero, el inmigrante, la mujer, el viejo, el desocupado, el "villero", y otros muchos, sufren algún tipo de exclusión. Además, las vinculaciones entre los términos son múltiples: el lugar en la estructura social de un desocupado no es el mismo en Argentina que en Inglaterra porque difieren, entre otras cosas, por los alcances de la seguridad social garantizada por el Estado.

Sin negar estas dificultades, debemos, no obstante, simplificarlas. Una forma de arribar a nuestro objetivo -lograr una aproximación a los términos neoliberalismo y exclusión-, puede ser si partimos de una definición de Claus Offe acerca de lo que se considera que tiene importancia política en un momento y en una sociedad determinada. Dice Offe: *"en cualquier momento y en cualquier sociedad dada, hay siempre una configuración hegemónica de los temas que, en general, se considera que merecen tener prioridad y ser tratados como centrales, y respecto a los que se mide ante todo el éxito y el progreso político, mientras que otros quedan marginados o se consideran como completamente extraños a la política"*.

Si concordamos con esta definición, entonces, para aproximarnos al neoliberalismo deberíamos indicar qué temas aparecen como prioritarios y centrales bajo esta formación social.

Contrariamente, la exclusión sería aquello que es, precisamente, "excluido" del campo de lo tematizado en él.

Aceptaremos que el neoliberalismo, según se desprende de innumerables trabajos de la teoría social y política, es hegemónico desde los años ochenta a escala mundial; y que se caracteriza por tres "tipos de políticas" fundamentales: la política económica se orienta hacia la oferta y hacia la expansión de mercado de bienes y capitales, la política gubernamental se orienta a reducir la importancia de la administración en aquellas áreas consideradas irrelevantes para la continuidad del desarrollo capitalista, y la política cultural se orienta hacia la crítica de los valores "posmateriales", como la autonomía y la autorrealización, y cultiva.

Existe consenso en señalar que el neoliberalismo impone una economía de mercado tanto interna, a través de la liberalización de precios y de mercados, como externa, basada en la apertura comercial y financiera. De esto se deduce que se orienta hacia la oferta, considerando que la inversión es el motor de la economía, y defiende una política económica basada en el recorte de gastos y en la reducción de las tendencias inflacionarias. Finalmente, en las relaciones capital-trabajo, el primero se erige en el factor excluyente en la generalización de recursos y el trabajo se reorganiza alrededor de la flexibilidad del salario conforme a sus pautas, hecho que impone la necesidad de neutralizar a los carteles sindicales y la reducción de la clase obrera, como realidad político-organizativa, a mera fuerza de trabajo, como agregado de individuos.

A continuación comentaremos como la ofensiva del neoliberalismo ha implantado, justificado y arreglado la flexibilidad laboral y sus diferentes ámbitos.

2.4.2.1 LA FLEXIBILIDAD PARA EL NEOLIBERALISMO

Las empresas han respondido a las características económicas señaladas más arriba reorganizándose y empleando a los trabajadores bajo nuevas modalidades que son recogidas en la literatura como "atípicas", "contingentes", "no estándares" o, en su denominación más genérica, "flexibles".

La flexibilidad es un concepto con muchas interpretaciones y dimensiones. No existe un solo modelo, sino una variedad infinita que se está continuamente adaptándose a las circunstancias de cada empresa y de sus trabajadores.

La flexibilidad del trabajo puede ser definida como la capacidad que tienen las empresas de adaptarse a los cambios en su medio empresarial, desarrollando nuevas estructuras y comportamientos. La empresa será tanto más flexible en este sentido cuanto más pueda anticiparse a los cambios en el entorno y tomar las medidas transformadoras precisas. Por contra, la empresa será más rígida cuanto menos pueda prever los movimientos en su entorno y menor capacidad posea para realizar transformaciones en las variables básicas de gestión.

Sistematizando la discusión anterior, podemos considerar que existen una serie de factores que contribuyen al crecimiento de la flexibilidad laboral, a través de la presión que ejercen sobre los empresarios: factores económicos, incertidumbre y tecnología:

- Consideraciones económicas. Las crisis económicas han provocado periódicamente fuertes recesiones. El medio ambiente empresarial, por otro lado, se ha ido haciendo más competitivo y el éxito más volátil.

- Incertidumbre de la demanda. Argumentamos más arriba la imposibilidad de conocer con una cierta precisión la demanda de los bienes y servicios. De acuerdo con el pensamiento de Bill Gates, una empresa no está a mucha distancia de su desaparición. Esta permanente inseguridad, provocada por el entorno económico, presiona a las empresas para que sean capaces de responder lo antes posible a cualquier evento significativo, cambiando las necesidades de trabajo en precio y en cantidad.

- Diferenciación de la demanda de consumo. El desarrollo de las sociedades conduce a que amplias capas de la población pueda acceder a bienes servicios específicos de una gran calidad. Los empresarios responden a estos cambios con la oferta de bienes y servicios diferenciados, que obliga a las empresas a realizar un esfuerzo continuado de adaptación para poder seguir siendo competitivas.

- Cambio tecnológico. Los cambios tecnológicos se suceden a una intensidad superior al de otro período histórico. Los avances tecnológicos provocan modificaciones importantes en el proceso de obtención del bien o servicio, así como en la forma de organizar el trabajo. El efecto general del cambio tecnológico ha sido el de incrementar la necesidad de trabajadores que puedan ser asignados a trabajos complejos cuando sean necesarios.

2.4.2.2 ¿LA FLEXIBILIDAD PARA EL NEOLIBERALISMO ES UN IMPERATIVO COMPETITIVO?

Para el neoliberalismo, la flexibilidad está asociada a la evolución de las condiciones económicas, sociales y políticas. En el sector privado se manifiesta la necesidad de ser competitivos a nivel global. En el sector público se exige reducir los gastos improductivos y evitar el despilfarro.

Los costes de personal son los más importantes en el capítulo de gastos variables. Por eso se convierten en el objetivo primordial de actuación. En el apartado legal, se examinan y revisan todas las formas de contratación para lograr una mayor eficiencia y eficacia.

En el campo de la flexibilidad temporal la dirección de la empresa encuentra un medio de responder a esas presiones externas para reducir sus costes e incrementar su eficiencia. Manipular el tiempo de trabajo tiene unas ventajas innegables. Como el trabajo se presenta muy pocas veces en trozos de siete horas y media exactas, contratar a los empleados para jornadas de esa duración puede acarrear costes e ineficiencias inevitables. Las diversas formas de flexibilidad laboral le permiten al empresario acoplar su fuerza de trabajo a la demanda. La flexibilidad también les permite a las organizaciones mejorar su capacidad para reaccionar rápidamente a las condiciones cambiantes del mercado, así como a las nuevas oportunidades de empleo y de trabajo.

Dos son los métodos principales por los que el directivo puede abordar la flexibilización empresarial. El primero, de carácter defensivo, se refiere a abordar la flexibilidad como reacción a movimientos externos y de los competidores. Es una flexibilidad 'obligada'. Los acuerdos sindicales o las actuaciones de otras empresas son precedentes obligados de estas actuaciones.

La auténtica flexibilidad proviene de la integración de la flexibilidad en la dirección estratégica de la empresa, para lo que precisa estar planificada y considerar los problemas humanos y estructurales que ésta puede acarrear.

Entre las finalidades de la flexibilidad empresarial podemos apreciar dos vertientes. Una, predominante en el sector industrial, en la que el interés básico es el económico. Una mayor productividad es la meta a la que se dirigen todos los esfuerzos. Otra, identificadora del sector servicios, en la que se busca una mejor adecuación de la empresa a las demandas de trabajo para darles un mejor servicio a los clientes.

Ésta es la que presenta más problemas, pero es la especialidad más idónea para la actuación directiva ya que incide en el diseño de un gran número de parámetros de gestión. Por otro lado, ante el gran crecimiento de este sector, ésta es la dimensión dominante y la que, previsiblemente, se mantendrá como mayoritaria en todas las actuaciones futuras de flexibilización empresarial.

De forma general, los estudios de los neo – liberalistas muestran que el incremento de la flexibilidad varía en función de los países, de los sectores y de los estilos directivos. No obstante, la tendencia marcada es muy clara hacia el aumento de la flexibilidad. Europa se ha distinguido siempre, frente a otros espacios socioeconómicos, por un modelo que conjugaba el desarrollo con elevadas prestaciones sociales para sus ciudadanos. De esta forma, se pretenden conseguir objetivos estrictamente económicos para mejorar la competitividad de las empresas: mejorar la flexibilidad dentro de las empresas y en el mercado del trabajo; reorganizar el trabajo dentro de la empresa y desarrollar el empleo con respecto a las nuevas necesidades.

Junto a ellos, *“si se pretende que estas formas flexibles de trabajo sean generalmente aceptadas, es importante asegurarse de que a estos trabajadores se les ofrezcan condiciones de trabajo bastante equivalentes a las de los demás trabajadores”* (Comisión Europea). La flexibilidad del tiempo de trabajo se ha incrementado en la UE. En general, las horas irregulares de trabajo tienen consecuencias negativas sobre la salud del empleado, aumentando su tensión.

2.4.3 LA POLÍTICA LABORAL NEOLIBERAL: LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TRABAJO

Neoliberalismo es un "nuevo" liberalismo clásico en sus aspectos tanto políticos como económicos. El liberalismo clásico fue durante mucho tiempo el centro de la ideología capitalista Occidental. Describiendo el mundo como una conglomeración de un sin número de individuos siguiendo sus propios intereses, aportaba una razón para reemplazar estructuras tanto feudales como comunales por un capitalismo de mercado y varios tipos de gobierno pro-capitalista. La vida política vino a organizarse a través de elecciones formales controladas por partidos profesionales-- usualmente organizado alrededor de una ideología más o menos compartida.

Detrás de una fachada de pluralismo, la democracia estaba restringida a los que podían votar y "lobbying" estaba restringido a aquellos que podían pagarlo.

Como resultado, la democracia representativa como nosotros la conocemos nunca ha sido representativa ni democrática. La democracia ha sido primordialmente un espectáculo más que un proceso, a través del cual la gente controla sus propios destinos. Esta ha sido la verdad tanto si un partido ha controlado el juego o si muchos partidos han colaborado.

A pesar de estas estructuras, obreros y pobres han conquistado algunas concesiones del estado, usualmente a través de movimientos de masas no-electorales. Logros en estos esfuerzos de los 1930s produjo el estado de bienestar Keynesiano del periodo después de la segunda guerra mundial-- uno que trató de estructurar el desarrollo del capitalismo con

mejoramientos concedidos en las condiciones de vida. Movimientos para los derechos civiles en los 60s extendieron el voto a nuevos ciudadanos y consiguieron nuevas concesiones del estado. Eventualmente, estos movimientos fueron más allá del estado de bienestar y lo arrojaron en la crisis.

Hoy, en el despertar de la crisis del Keynesianismo, el neo-liberalismo racionaliza la destrucción no solamente de comunidades tradicionales sino también de programas sociales del gobierno ganados en luchas anteriores para proteger a la gente de las fuerzas del mercado. Se trata de imponer el valor del mercado en todas las esferas de la vida. La naturaleza, la contaminación, el bienestar humano, la educación y todo comportamiento social están medidos puramente por su contribución a hacer ganancias en la histeria capitalista más insana que el mundo ha conocido.

El cambio neoliberal de programas públicos al sector privado ha tratado de remover todas las protecciones de las fuerzas de mercado. Transfiriendo poder de la legislatura al ejecutivo se ha reducido la efectividad de presión por parte de las masas. El uso de los medios de comunicación para dominar el debate electoral ha concentrado el poder en las manos de los adinerados y ha fortalecido el monopolio de partidos políticos y sus patrocinadores empresariales.

La política neo liberal exige que los profundos cambios que provocan en una organización la adopción de formas atípicas de trabajo, que afectan a todos los aspectos básicos de las labores directivas, exigen que esas modificaciones estén planificadas y que contribuyan al logro de los objetivos básicos de esa organización. La teoría de la ecología organizativa, o la concepción estratégica de los recursos humanos, son sólo dos ejemplos que ponen en conexión el empleo de estas técnicas laborales con políticas apropiadas de recursos humanos y con respuestas organizativas al cambio del entorno.

A través del empleo de las formas atípicas de trabajo se consigue recortar personal, reducir costes y provocar aumentos de eficiencia. Estos logros se contraponen con dificultades estructurales y de dirección de recursos humanos, por lo que decantar la balanza hacia uno u otro lado sólo puede decidirse en función de la contribución que esas acciones directivas produzcan en el logro de los objetivos prioritarios de la empresa.

Para el neoliberalismo, la empresa debe adaptarse a las necesidades impuestas en cada momento histórico por la configuración de los agentes externos. En caso contrario, la pena impuesta por el mercado es inmediata y concreta: un deterioro de su ejecución y de las magnitudes principales derivadas de ella. Si la situación de menoscabo se mantiene con suficiente intensidad un período determinado, la empresa desaparece. Detectar cómo debe articularse se convierte, así, en una de las obligaciones básicas de la dirección.

La revolución industrial trajo la estructura lineal, piramidal que todavía es la mayoritaria en las empresas. Sus pilares de funcionamiento son:

- El trabajo se divide para lograr eficiencia en fases secuenciales (actividades financieras, comerciales, productivas).
- La empresa se estructura jerárquicamente en razón de niveles de responsabilidad.
- Los sistemas de comunicación se basan en la autoridad y en la disciplina, produciéndose en cascada.

Para el neoliberalismo, la estructura lineal es claramente inadecuada. La adopción de la filosofía taylorista, la división del trabajo, la centralización, la departamentalización funcional son conceptos insuficientes en la mayoría de sectores. En resumen, la estructura lineal no es flexible.²⁸

Las estructuras flexibles que van surgiendo tienen un punto común, que es la ruptura de la fuerza de trabajo en pedazos, conduciendo a una visión de los trabajadores en dos partes. Una, central, estable, vinculada estrictamente a la dirección de la empresa. Otra, periférica, inestable, asociada al logro de algunas metas específicas y temporales.

La asociación con las teorías de segmentación del mercado de trabajo es clara. El núcleo o grupo central se relaciona con el mercado de trabajo primario. Los otros colectivos entrarían de lleno en el mercado de trabajo secundario. El tipo de trabajo desarrollado en el núcleo tiene unas características mucho más completas que el de la periferia. Sus integrantes tienen normalmente empleos permanentes a tiempo completo. El grupo periférico no tiene este nivel de estabilidad, por lo que suele estar compuesto por personas con otros tipos de vinculación, como el empleo a tiempo parcial.

La flexibilidad incide también en los sistemas de remuneración de las empresas. La mayoría de esos sistemas fueron puestos a punto hace casi medio siglo. En consecuencia, consideraban únicamente compensar por empleos claramente definidos a tiempo completo en organizaciones burocráticas. Para el neoliberalismo, estos sistemas son un obstáculo para introducir mecanismos más flexibles. Los sistemas salariales son el reflejo de las estructuras y de los principios internos de funcionamiento y deben evolucionar con ellos.

Los nuevos sistemas de remuneración deben ser compatibles con la empresa flexible y se caracterizan por descripciones de tareas más amplias y por una disminución del número de escalones, por una mayor importancia de las nuevas exigencias profesionales (cooperación,

²⁸ Exagerando algo, con el fin de simplificar, el modelo tradicional de las empresas europeas y norteamericanas puede resumirse en el binomio organización compleja y empleos simples. La flexibilidad se realiza gracias a un manejo del trabajo complejo en empleos simples que necesitan cortos períodos de aprendizaje y donde los trabajadores pueden ser fácilmente reemplazados. La complejidad de la organización descansa en la separación radical entre “pensamiento” y “acción”. La memoria organizacional se basa en procedimientos formales, fuertes jerarquías y una élite profesional en la cúspide de la empresa. Este tipo de organización se adapta bien a las producciones en masa en un entorno estable. Sin embargo, si los productos se diversifican y los mercados se agitan, si las exigencias de calidad aumentan y el ritmo de cambio tecnológico se acelera, estas organizaciones carecen de flexibilidad. Se precisa una organización simplificada con empleos más complejos. La flexibilidad puede lograrse gracias a la reintegración de las tareas y a la introducción del trabajo en equipo. Por consiguiente, una parte considerable de los problemas de comunicación y de coordinación en la empresa puede resolverse en los niveles inferiores de la organización, lo que entraña una reducción de la complejidad organizacional. Si se quiere llegar a esta empresa flexible moderna, conviene descentralizar a todos los niveles la organización y sustituir el control de arriba-abajo por un diálogo continuo con las unidades comerciales.

responsabilidad, resolución de problemas), por las remuneraciones adicionales por resultados o mejoras continuas, por la igualdad interna entre tipos de empleados, entre hombres y mujeres o entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

2.5 MEDIOS PARA INTRODUCIR LA FLEXIBILIDAD

Las medidas de flexibilidad pueden introducirse mediante la legislación, la negociación colectiva, contratos de trabajo individuales, decisiones unilaterales de los empleadores o una combinación de esos métodos.²⁹

Estos métodos están determinadas por los tres principales factores siguientes:

- Las normas jurídicas que rigen el marco de las relaciones laborales colectivas y las condiciones y modalidades individuales de empleo.
- El grado en que se utiliza en la práctica la negociación colectiva.
- La manera en que los empleadores ejercen sus prerrogativas empresariales.

Una vez identificados estos factores, es posible darse cuenta del espacio que resta para concertar un acuerdo individual entre el empleador y el trabajador. Todos los medios reflejan las posiciones relativas del trabajo y el capital, con lo que surge una paradoja: la legislación, la negociación colectiva y los parámetros de los contratos de trabajo se basan en el nivel nacional o un nivel inferior, y en cambio la estrategia de los empleadores y sus proveedores cada vez más transnacional. Sin embargo, **los empleadores y proveedores todavía operan dentro de los límites de la legislación nacional y los convenios colectivos que puedan aplicarse a los trabajadores de que se trate. Las limitaciones de esta legislación se observan no sólo en la variación de la función del Estado sino también en la creciente dificultad del Derecho de trabajo para ocuparse de las nuevas formas de producción y organización laboral.**

A continuación, analizaremos los medios para introducir la flexibilidad en materia laboral.

2.5.1 LA LEGISLACIÓN

La legislación es un instrumento básico para regular las relaciones laborales colectivas y las relaciones individuales de empleo. Es el producto de una transacción entre fuerzas políticas competidoras que representan algo más que los intereses de los trabajadores y de los empleadores. Su contenido puede representar no sólo una transacción sobre la cuestión objeto de un estatuto particular sino también transacciones políticas más amplias entre dicha cuestión y otras que compiten por la atención de los legisladores.

En los países en que un complejo procedimiento parlamentario impide la pronta adopción de medidas, la legislación es una técnica que resiste al cambio rápido. A ello se le suma el carácter imprevisible del proceso político que da origen a la legislación, en el que grupos de presión de varias clases pueden influir mucho más que lo que podría deducirse de su importancia numérica.

²⁹ Cfr. OIT. "NEGOCIAR...", Ob. Cit., Pág. 51.

La legislación establece inevitablemente normas comunes para ocuparse de lo que puede consistir en gran variedad de circunstancias, aunque desde luego las exclusiones y excepciones forman parte de los textos legislativos. **Aunque pueda ser necesario modificar leyes y reglamentos que se oponen a determinadas clases de flexibilidad deseada, por su propia naturaleza la legislación constituye un método menos satisfactorio de fomentar la flexibilidad que un proceso que este controlado principalmente por las partes en la relación laboral. Además, la legislación puede reflejar intereses y**

valores más amplios que los de las partes implicadas con implicación directa y puede permitir la expresión de preocupaciones de la sociedad mas extensas, por ejemplo la idea de que es preciso combatir la exclusión social, reservar algunas horas a la semana para la vida religiosa, social o de familia, o fomentar una mayor participación de la mujer en la fuerza laboral.

A veces la legislación es el resultado directo de la negociación colectiva, como ocurre en Irlanda donde las negociaciones dan origen a órdenes de regulación de empleo que establecen las condiciones de remuneración legalmente obligatorias para todos los empleadores de los sectores abarcados - aunque corresponden solo a cerca del 8 y el 9 por ciento de los empleados del país (estudio sobre Irlanda).

La legislación laboral también es indispensable para establecer las «normas del juego» mínimas en la esfera del trabajo, y para los muchos millones de trabajadores de todo el mundo no amparados por convenios colectivos constituye prácticamente el único medio de protección. Además, la legislación puede poner en juego todos los medios de acción del Estado. Por ejemplo, en un intento de fomentar el empleo, el Estado puede inventar una nueva categoría jurídica de contrato, como los contratos de formación, y al mismo tiempo ofrecer incentivos fiscales a las empresas que la utilicen. El poder del Estado también puede respaldar la aplicación de legislación mediante todo el conjunto de instituciones que ha creado para hacer cumplir sus leyes (aunque puede ser demasiado débil para hacerlo de manera convincente en algunos casos). Y cuando la legislación adopta un enfoque radicalmente nuevo, como ha ocurrido en Australia y en Nueva Zelanda, y antes en el Perú, los efectos sobre las relaciones laborales pueden ser de largo alcance y profundos.

Además, las actitudes culturales respecto de la legislación y la ley en general varían según los países. En los sistemas de derecho romano se considera que la acción administrativa se basa en los poderes innatos del Estado, y que en cambio la acción judicial requiere una base legislativa. Este razonamiento se ha calificado de < institucional> , ya que se preocupa más por los principios que por los hechos. En cambio, el derecho consuetudinario parte de la facultad del poder judicial de aducir la ley a partir de un conjunto de hechos, y su enfoque es esencialmente empírico. Estos enfoques diferentes pueden tener importancia cuando se trata de las relaciones colectivas e individuales entre trabajo y capital.

Además, si bien en teoría todos están de acuerdo en que debe respetarse la legislación de esta clase, en la práctica existe una amplia gama de tolerancia del incumplimiento, que varía según los países. Aunque este factor es difícil de medir, es importante para evaluar las verdaderas consecuencias relativas que tendrá la legislación en una situación determinada. (En gran medida puede ser el reflejo del tamaño del sector no estructurado, cuyo funcionamiento al margen de la ley puede definir en parte esas actividades) Las restricciones jurídicas a veces son mas aparentes que reales. La gente puede hacer lo que quiera para dejar de lado la ley inventando nuevos tipos de relaciones laborales. Del mismo modo, el conocimiento que de la ley tengan las partes y su capacidad de utilizarla influirá en sus efectos en la práctica.

Hablar de la legislación como «fuente de medidas de flexibilidad» puede parecer engañoso: la ley tiene por finalidad fijar normas, y toda norma invoca automáticamente una imagen de rigidez. Sin embargo, esas normas pueden ser de diferente naturaleza, estableciendo reglas absolutas o sólo un marco. La legislación puede ser descriptiva o funcional, según la tradición jurídica y la cuestión de que se trate. Garantías básicas, como por ejemplo la protección frente al trabajo forzado, requieren normas jurídicas estrictas. ***La flexibilidad no es posible cuando se trata de derechos fundamentales de los trabajadores. En cambio, una***

cuestión como el horario laboral permite una considerable variedad de enfoques legislativos, aunque también en estos casos es necesaria una protección mínima, dado los límites físicos de los seres humanos y los valores de la sociedad acerca del trabajo y el tiempo libre. La legislación marco puede fijar parámetros de lo que deba autorizarse y establecer disposiciones institucionales para la adopción de decisiones, por ejemplo mediante la negociación colectiva.

En los países con tradición de normas pormenorizadas en términos absolutos, será necesaria una reforma legislativa para introducir una mayor flexibilidad del trabajo (por ejemplo, en España, Francia y el Perú). En otros países que han adoptado legislación que simplemente establece un marco para las relaciones en la esfera laboral, la ley ya establece una base sólida para que las partes puedan acordar una mayor flexibilidad cuando así lo deseen (por ejemplo, en Irlanda, Noruega y Suecia). En los países de derecho consuetudinario, en los que las normas legislativas se basan fundamentalmente en lo que se considera libertades o facultades intrínsecas (por ejemplo, la libertad de contratación y la facultad de contratar y despedir), se trata más bien de encontrar el nivel adecuado e introducir medios de protección (en especial en relación con la no discriminación, la rescisión del empleo y los horarios de trabajo). Incluso con la legislación promulgada en aproximadamente los últimos veinte años en el Reino Unido por el impulso de las directivas de la UE, <existe una reglamentación jurídica directa relativamente escasa de las relaciones laborales en Gran Bretaña>> (estudio sobre el Reino Unido). Lo mismo puede decirse de Irlanda y de Nueva Zelanda. El sistema de derecho consuetudinario representa <<un nivel máximo de flexibilidad jurídica>> (estudio sobre Irlanda). Sigue habiendo muchas esferas en que la ley no define los derechos y responsabilidades en relación con el empleo en los países indicados.

El Brasil ofrece un claro ejemplo de como se utiliza la legislación desde hace mucho tiempo (desde 1966), como motor de la desregulación en relación con la rescisión del contrato de trabajo (estudio sobre el Brasil). En 1988, la nueva Constitución moderna en parte esta situación introduciendo una mayor protección frente a los despidos, pero básicamente sigue habiendo una alta movilidad laboral (la antigüedad media en el trabajo es de dos años). En cambio, en la India la legislación continúa siendo una causa de rigidez del mercado de trabajo. Las enmiendas aprobadas en 1977 a la Ley de conflictos laborales de 1947 dificultaron el despido de los trabajadores y el cierre de las empresas. Esta legislación se ha criticado mucho por considerarla un obstáculo para la introducción de cambios en las condiciones de trabajo y para que oficialmente los empleadores contraten a nuevo personal (estudio sobre la India). Aunque la perspectiva de reformar la legislación laboral a nivel nacional sigue siendo políticamente poco clara, algunos Estados de la India han introducido leyes encaminadas a lograr una mayor flexibilidad.

En general, el papel desempeñado por la legislación en el camino hacia la flexibilidad depende muchísimo del grado en que se considere ante todo como una verdadera causa de rigidez. Cuando se considera muy prescriptiva, se llega a la conclusión de que precisa una revisión, pero ésta puede adoptar caminos radicalmente diferentes, con resultados lógicamente distintos. Como ejemplo de ello basta con comparar los enfoques adoptados por Nueva Zelanda, el Perú y el Reino Unido y los seguidos por España, los Países Bajos y Suecia.

Así, el débil diálogo social existente en el Perú, debido en gran medida al carácter oligárquico del Estado durante muchos decenios, significa que no ha contribuido de manera importante a la flexibilidad. El fracaso del diálogo social sobre problemas económicos y de empleo difíciles ha obligado a que el debate vuelva al foro legislativo. El

Perú ha pasado de un mercado laboral excesivamente reglamentado a otro que ha ido demasiado lejos en la supresión de la protección de los trabajadores. Esto se ha debido ante todo a la creación de nuevos tipos de contratos, distintos de los normales> , con el resultado de que casi la mitad de los trabajadores queda en la actualidad fuera del ámbito de la legislación laboral. La supresión de la autorización administrativa obligatoria de los despidos antes existente fue por supuesto razonable, pero las modificaciones introducidas en la legislación solo parecen haber privado de sus derechos a los trabajadores, en vez de abrir la negociación colectiva como medio de llenar el vacío producido. Además, el Estado sigue siendo muy intervencionista respecto de las relaciones laborales colectivas y al salario mínimo nacional, pretendiendo al mismo tiempo que estas cuestiones dependen de las fuerzas del mercado. Dada la grave erosión de la negociación colectiva en el Perú, y de hecho en toda la subregión, este método abandona en gran medida a su propia suerte al trabajador individual, en un contexto de elevado desempleo.

Aunque nunca se ha recurrido ampliamente a la negociación colectiva en el Perú, si se ha utilizado y sigue utilizándose en Nueva Zelanda y en el Reino Unido, donde constituye un testimonio de la utilidad y resistencia intrínsecas de la institución, que sigue constituyendo una fuerza para un porcentaje importante.

2.5.2 NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva es sin duda uno de los principales medios de flexibilizar el mercado laboral.

A los efectos del presente punto, la expresión *convenio colectivo* se toma en sentido más amplio, desde un acuerdo negociado a nivel de una sola fábrica por un sindicato y un empleador hasta un pacto concertado en el contexto de consultas tripartitas de nivel nacional. Abarca desde las negociaciones oficiosas a nivel de fábrica sobre, por ejemplo, las horas extraordinarias y la rotación de tareas, hasta acuerdos oficiales entre el gobierno y las organizaciones de empleadores y de trabajadores sobre complejos planes nacionales de pensiones. Cuando las consultas tripartitas de alto nivel llegan a resultados negociados, el proceso suele conocerse como «diálogo social». Los convenios colectivos pueden ser a la vez un medio de ampliar o modificar la aplicación de derechos ya garantizados por la ley y causa directa de regulación de temas que la legislación no contempla totalmente.

En ambos casos establecen parámetros para la administración de las relaciones laborales, determinados por las propias partes. Cuando la ley no impone restricciones, las partes en los acuerdos configuran su contenido y duración y a menudo los medios para poder resolver en primera instancia cualquier disputa que surja. Las reglas laborales o los códigos de conducta negociados con las empresas también pueden considerarse parte del sistema de negociación colectiva, pero es más frecuente que sea el empleador el que determine de modo unilateral esas reglas y códigos.

Por otro lado, en Sudáfrica puede publicarse una orden por la que se amplíe la aplicación de un convenio colectivo a personas que no sean partes si la organización de empleadores más representativa y los sindicatos, dentro del ámbito establecido del consejo negociador, son favorables a la ampliación. El propio convenio colectivo tiene que establecer un mecanismo que permita exenciones para quienes no sean partes. También existe otra

disposición en virtud de la cual el Ministro de Trabajo puede extender el convenio colectivo si considera que las partes son suficientemente representativas con respecto a ese ámbito y que si no se extiende el acuerdo se puede menoscabar la negociación colectiva a nivel sectorial.

Mediante disposiciones de ésta y de otras clases, el alcance de la negociación colectiva puede ampliarse por ley. De hecho, en países como España, Francia e Italia el derecho desempeña una función decisiva para que los convenios colectivos puedan aplicarse en una escala tan amplia.

Además, la negociación colectiva puede sentar las bases de algunas leyes. Por ejemplo, los convenios tripartitos de Italia han remachado posiciones que permiten reformar la ley, por ejemplo aboliendo el sistema de monopolio en la colocación pública o autorizando las agencias privadas y estableciendo una función activa de los órganos conjuntos de sindicatos y empleadores. <<Sin el apoyo de los interlocutores sociales, esta reforma (Ley num. 196 de 1997 sobre las agencias privadas) hubiese sido impensable>> (estudio sobre Italia). La propia ley esta redactada de tal manera que establece una función para la negociación colectiva.

Aunque la reforma legislativa en España constituía una condición previa para introducir cambios en el mercado laboral, no era suficiente. También se produjo una reacción provocada por el recurso masivo a los contratos temporales (en 1996, el 96 por ciento de los contratos tenía tres o menos meses de duración) (estudio sobre España). El Acuerdo Interconfederal de 7 de abril de 1997 fue fundamental para lograr la flexibilidad basada en el consenso. Este pacto tripartito abarca la seguridad del empleo, la negociación colectiva y temas no regulados (para colmar el vacío dejado por las pormenorizadas reglamentaciones de la época de Franco, que fueron abolidas). El nuevo método aplicado en España muestra una sinergia entre la ley y la negociación colectiva. Por ejemplo, la Ley (RDL 8/97) establece un nuevo marco para los contratos de formación o contratos en prácticas. La ley no varía mucho en sustancia pero permite que los convenios colectivos de varios niveles determinen los puestos, grupos, niveles y categorías profesionales a los que se aplican, así como las remuneraciones (más bajas) que deben pagarse. En el sector público, los convenios colectivos pueden determinar el número de contratos de formación y los puestos de trabajo a los que se aplican (estudio sobre España).

La legislación también puede ser el resultado de un proceso institucionalizado de diálogo social. Un importante ejemplo de esto ocurre en la UE, donde en virtud del Protocolo de Política Social, la CE ha establecido un proceso doble de consultas cuando formula propuestas en materia de política de esta clase. Los interlocutores sociales tienen la posibilidad de llegar a un acuerdo a nivel europeo sobre una cuestión y su solución puede sustituir la propuesta de la Comisión.

El Consejo de la UE puede adoptar como directiva ese compromiso negociado, lo que obliga a todos los Estados miembros. <<Como consecuencia de esta innovación jurídica ... los interlocutores sociales han obtenido una condición similar a la de cuasilegisladores>>. Los representantes de máximo nivel de los trabajadores y los empleadores de la UE han alcanzado acuerdos que finalmente se han convertido en directivas de la Unión sobre el trabajo a tiempo parcial y la licencia parental. A nivel nacional, en Irlanda la remuneración y las condiciones jurídicamente vinculantes para todos los empleadores de los sectores abarcados se negocian en comités laborales conjuntos compuestos por empleadores, sindicatos y una presidencia independiente, que el Gobierno incorpora en las órdenes de reglamentación del empleo (estudio sobre Irlanda). Esta relación dinámica entre la negociación colectiva y la legislación puede darse incluso en países en los que no existe una tradición de diálogo social. Por ejemplo, en la República de Corea los éxitos y fracasos de las negociaciones nacionales

celebradas en 1993-1994 entre el Gobierno, los empleadores y las dos federaciones sindicales abrieron el camino a la reforma del derecho laboral en 1996. La nueva ley contiene disposiciones que alientan < la flexibilidad negociada>> estipulando la celebración de consultas o la concertación de un acuerdo con el sindicato o los representantes de los trabajadores para introducir medidas de flexibilidad, sobre todo en lo que respecta a las horas de trabajo (estudio sobre la República de Corea).

2.5.3 EL CONTRATO DE TRABAJO

Hoy en día la mayor parte de las relaciones individuales de empleo todavía se concretan en contratos de trabajo, expresos o implícitos, que puede ser fuente de flexibilidad. De todos modos el contrato de trabajo no puede considerarse una causa o instrumento en el mismo plano que la legislación o la negociación colectiva. El contrato de trabajo, aunque esté influido por la ley y quizá por los convenios colectivos, es un compromiso establecido entre una persona y su empleador, que da origen a derechos y obligaciones exigibles jurídicamente. Para que tenga efecto, no sólo tienen que cumplirlo las partes, sino que además el sistema jurídico del país tiene que ofrecer normas generales y medios de cumplimiento para el caso en que una de las partes lo incumpla. Por consiguiente, el contrato de trabajo no cuenta de por sí con el apoyo de la voluntad colectiva que expresa la legislación o por las posibilidades de actuación masiva que permiten los contratos negociados de forma colectiva.

En Derecho existen diversos tipos de contrato de trabajo - < abiertos >, sin limitación de tiempo, de duración determinada, etc. No obstante, en muchos países europeos la libertad de contratación de las partes está limitada por las restricciones impuestas a los contratos de duración determinada, los cuales deben cumplir requisitos especiales, prohibiéndose a veces su renovación o limitándose el número de renovaciones posible (Bélgica, España, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal). En algunos sistemas, el carácter excepcional de los contratos de duración determinada se pone de manifiesto exigiendo que se concierten por escrito por tratarse de excepciones explícitas a las normas que rigen habitualmente la relación laboral. Esta idea se refleja en la directiva de 1991 de la CE sobre la información que debe figurar por escrito en el contrato de trabajo.

Dinamarca no regula legislativamente los contratos de trabajo, pero la negociación colectiva da importantes garantías con respecto a las modalidades y condiciones de empleo de los trabajadores individuales. Al igual que en muchos otros países europeos, la legislación contiene una protección “correctora”: la renovación injustificada continua de contratos de duración determinada obliga a transformarlos en contratos permanentes. De manera similar, el derecho japonés establece una restricción en relación con los contratos de trabajo. Deben tener por lo menos un año de duración o ser ilimitados. El tipo de contrato - de duración determinada, sin límite de tiempo, etc. - determina a menudo el momento en que se da por finalizado, y por supuesto lo más difícil es dar por terminada la relación laboral cuando el trabajador tiene un contrato ilimitado.

En el otro extremo, el periodo de prueba establecido por ley o mediante un acuerdo individual o un convenio colectivo establece flexibilidad en lo que respecta a la finalización de la relación por una u otra parte. La existencia de una fase de prueba proporciona a las partes un periodo de ensayo útil, en la medida en que se utilice con tal fin (un plazo razonable para comprobar si el trabajador es apto para el puesto) y no para otros propósitos (mediante una duración exagerada, renovando una serie de periodos teóricamente de prueba o recurriendo a un

conjunto de trabajadores en prueba que se vayan turnando para realizar tareas básicas) con el fin de impedir la concertación de contratos de trabajo que permitan una mayor protección.

Las consecuencias de factores como por ejemplo la ideología de la libertad de mercado y las técnicas de gestión de los recursos humanos, que destaquen el papel de los intereses individuales sobre los intereses colectivos de los trabajadores, y el aumento de pequeñas empresas que son menos propicias que las grandes a establecer relaciones laborales colectivas sugieren un aumento de la importancia de la función del contrato de trabajo individual. A esto debe sumarse el crecimiento de formas alternativas de acuerdos contractuales al margen del modelo «típico» de empleo a tiempo completo en el centro laboral de un solo empleador. El fenómeno creciente en muchos países que consiste en inventar alternativas al contrato de trabajo, cuya consecuencia es desposeer a los trabajadores de la protección que proporciona la condición de empleado, tiene repercusiones importantes en lo que respecta al grado de protección, en caso de existir, que los trabajadores pueden disfrutar en la realización de sus tareas. El ejercicio de la libre voluntad es una libertad fundamental, pero la legislación y la negociación colectiva tienen importantes funciones que desempeñar en cuanto a garantizar que los trabajadores no acepten todas y cada una de las condiciones y modalidades de empleo, y que los empleadores no se vean obligados a dedicar gran cantidad de tiempo a establecer tratos individuales con sus empleados. En una época en que en muchos países los medios colectivos de representación han perdido terreno, no tiene sentido preferir como método para introducir medidas de flexibilidad la relación individual que implica la vulnerabilidad intrínseca del trabajador.

2.6 BALANCE: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL

Expuesto el panorama de la flexibilidad laboral, así como, del modelo económico que ésta parte, vamos a presentar los argumentos que exponen las bondades de la flexibilidad laboral y aquellos en contra.

2.6.1 POSTULADOS A FAVOR DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL

Los postulados de quienes sostienen la necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo son los siguientes:

1. La protección o el exceso de protección laboral produce un efecto inverso al querido, generando desinversión o desempleo, desarticulando la creación de nuevos puestos de trabajo.
2. Los salarios son demasiado elevados y poco adaptables, perjudican la concurrencia y desalientan la oferta de empleo, puesto que estimulan la sustitución de trabajo por tecnología.
3. Las diferencias de salarios son demasiado limitadas, perjudican la movilidad de la mano de obra y desalientan las incitaciones a invertir, trabajar y ahorrar.
4. La falta de movilidad de la mano de obra disminuye y obstaculiza las reconversiones industriales. Existen grandes dificultades para adaptar rápidamente los efectivos al nivel de actividad de las empresas.

5. Los costos no salariales de la mano de obra (fundamentalmente las cotizaciones sociales) son excesivos y estimulan el desempleo.
6. La protección de la estabilidad en el empleo constituye un factor de rigidez que desalienta la contratación laboral.
7. La protección social, en razón del elevado nivel de sus prestaciones, estimula el desempleo voluntario e impide que las remuneraciones bajen hasta un nivel a partir del cual los empleadores aceptarían reclutar y los desempleados aceptarían un empleo.
8. La flexibilidad no supone la desprotección laboral, sino que, debe suponer un considerable aumento del poder sindical y la consagración de sistemas modernos de negociación colectiva.
9. La propuesta flexibilizadora consiste en aflojar, eliminar o adaptar, según los casos, la protección laboral clásica, para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad internacional.

2.6.2 POSTULADOS EN CONTRA DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL

Los postulados de quienes sostienen la no necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo son los siguientes:

1. La flexibilización de la legislación laboral plantea dos o tres problemas técnico – jurídicos de primera magnitud, a saber: a) el de su relación con la irrenunciabilidad de los derechos laborales; b) la cuestión del alcance y eficacia de la autonomía colectiva, cuando ésta es el instrumento de normas *in pejus* y / o que afectan derechos individuales de los trabajadores; y, c) el problema de las relaciones entre ley y contrato colectivo, cuando éste, en cuanto fuente formal de políticas flexibilizadoras, afecta o se detiene ante los mínimos fijados por la ley.
2. El salario es, de los costos de producción, el más bajo y el más flexible. Los empresarios, algunos, los malos empresarios, se quejan de los costos laborales, pero no dicen nada frente a los costos financieros, frente a los costos tributarios, frente a los costos de los insumos, frente a los costos de la energía.
3. La flexibilidad no puede ser ilimitadamente aplicada, sino que tiene sus condicionamientos. Estos límites pueden ser desde cuatro puntos de vista: social, sindical, jurídico y político. Los límites sociales están dados para no lesionar las garantías fundamentales que constituyen la esencia del Derecho laboral.
4. Se concede a los empleadores la facultad unilateral de modificar las condiciones de empleo de sus trabajadores, inclusive aquellas nacidas del convenio colectivo; asimismo, se facilitaría en exceso los despidos, tanto individuales como colectivos.
5. Asfixia la organización sindical, y que además traba y dificulta las posibilidades organizativas de los trabajadores, lo mismo que su libre ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga.
6. Abandona por completo los principios de unidad, integralidad, universalidad y solidaridad social que deben informar a los regímenes de la seguridad social

Ante este cuadro cabe indicar que, a la institucionalización del movimiento obrero en Europa le siguió desde fines de los 60 un período de ascenso de la lucha de clases, de cuestionamiento a los sistemas de relaciones de trabajo y a los sindicatos como organizaciones asimiladas al capitalismo. Por otro lado, hasta los años 70 fue ampliamente reconocida la centralidad del trabajo como campo articulador de relaciones sociales y subjetividades, miradas que no se presentaban sólo en la tradición marxista.³⁰ Sin embargo, a partir de 1980 se inicia un proceso de nuevo tipo en las relaciones capital – trabajo, con profunda implicaciones para los mercados y procesos laborales, así como, para las organizaciones de los actores productivos y su relación con los Estados. La derrota obrera frente al neoliberalismo, así como la reestructuración productiva de los 80 con la flexibilización y descentralización de las relaciones laborales a nivel de empresa, modificó la investigación laboral hacia la fragmentación de los mercados laborales, el cambio tecnológico y de organización del trabajo. Pero esta situación se perenniza con la globalización. En efecto, esta figura ha sido concebida como una articulación entre desiguales, donde el éxito del conjunto se explicaría no sólo por la eficiencia de las empresas de alta

tecnología, sino también por sus articulaciones productivas con las de otros niveles, sin existir una tendencia la homogenización sino más bien hacia la profundización de las diferencias.

Frente a ello, considero que una sociedad reducida al mercado es inviable porque la política no puede reducirse a la economía, ni los hombres son actores puramente racionales. El neoliberalismo extremista se ha traducido en polarizaciones productivas y de los trabajadores, además de que no resuelve el problema de la demanda agregada al creer que ésta se ajusta de manera automática. Si el mercado internacional se ha convertido en un campo de batalla es precisamente porque los que unos ganan otros lo pierden y el crecimiento sigue lento. En especial, en los países sub desarrollados el neoliberalismo ha creado una situación social, como llamaban los europeos a los estragos de la Revolución Industrial, con tremendos sobresaltos en las economía y una masa creciente de empleos precarios.

Por tanto, la propuesta flexibilizadora consiste en aflojar, eliminar o adaptar, según los casos, la protección laboral clásica, para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad internacional. ***No hay que postular la culpabilización del Derecho de trabajo por los fracasos de las políticas económicas.*** Nunca se probó la incidencia negativa de la legislación laboral sobre la eficacia económica. En el Perú, por ejemplo, los períodos de mayor rigidez laboral coinciden con los de mayor empleo y los lapsos de más flexibilización laboral coinciden con los de mayor desocupación. Y frente a ello, no es aceptable lo que dice el Dr. Pasco Cosmópolis que la flexibilización es aceptable porque no hay alternativa, esto es, es mejor una ocupación transitoria que el desempleo abierto, como mejor es el sacrificio temporal y parcial del ingreso a cambio de conservar el empleo.³¹

30 Cfr. CAMPILLO, Marcia / DE LA GARZA, Enrique. “¿HACIA DONDE VA EL TRABAJO HUMANO?”. En: *Rev. Nueva Sociedad*, N° 157, México D.F. – México, 1998, Pág. 35.

31 Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “EL AJUSTE ECONÓMICO: PERSPECTIVA EMPRESARIAL”. En: *Ajuste económico y política laboral*, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cusco – Perú, 1993, Pág. 59.

CAPÍTULO III

LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL DERECHO PERUANO

3.1 EL FRACASO DEL POPULISMO Y EL AUGUE DEL NEOLIBERALISMO: RECEPCIÓN DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TRABAJO

Los gobiernos que se sucedieron entre 1968 y 1990 trajeron un ímpetu nacionalista y reformas de corte popular que, si bien han dejado algunas huellas; así, para el Dr. Gamarra Vilchez, la lectura del gobierno de Fujimori es la siguiente: *“han sido sólo un paréntesis que, una vez cerrado, nos hacen sentir que el actual gobierno solo retoma proyectos económicos y políticos que se emparentan más con los que se aplicaron hasta 1968, pero que hoy en día se aplican con mayor severidad y con el apoyo de las mismas Fuerzas Armadas que alguna vez lideraron cambios como los del gobierno velasquista”*.³²

Sin embargo, en la actualidad, podemos ver que no solo se siguen abriendo las puertas del mercado a las empresas transnacionales, sino que el desarrollo interno pone todas sus expectativas en las inversiones que dichas empresas realicen. Se pretende regresar a un modelo de reprimarización de la economía. Y, por tanto, se confía más en insertarse en la economía mundial sin importar las consecuencias que esta inserción conlleve para la economía nacional en cuanto a la distribución de la riqueza se refiere. Se enarbola, así, el principio del individualismo y se niega la dimensión social; el Estado se limita al mantenimiento, por vías legales y/o autoritarias, de las reglas de juego, a través de un conjunto de reformas que permiten la asignación de recursos, la distribución del ingreso y la formación de capital que determine el mercado.

En materia laboral, frente al problema del empleo el modelo neoliberal considera dos factores: la rigidez de las normas y el costo laboral. Es cierto que ambos elementos pueden explicar al menos una parte del problema; sin embargo, parece excesivo imputar tan solo a estos el considerable excedente de trabajadores desempleados o sub – empleados. Ante ello se ha optado como remedio por una reforma laboral cuyos objetivos fueron adecuar las normas a la política económica, teniendo como resultado la desregulación que significa deslaborización de los derechos individuales, de los derechos colectivos, del proceso laboral y la reducción de la protección social.

A pesar de todo ello, la experiencia de estos años muestra que sin haber mejorado la situación del alto índice de desempleo, enmascarado por la dura y engañosa realidad del subempleo; lejos de solucionar problemas, se han generado más bien otros relacionados con la excesiva utilización de los contratos temporales, la intermediación laboral, la desregulación de los derechos colectivos; en general, la deslaborización de la relación de trabajo que viene afectando la dinámica productiva y la estabilidad social.

32 Cfr. GAMARRA Vilchez, Leopoldo. “LA REFORMA LABORAL EN EL PERÚ (1990 – 1998). En: *Dos modelos de reforma laboral: Perú y España*, Editorial Edial, Lima – Perú, 1998, Pág. 11.

En efecto, la corriente neoliberal, tan en boga en estos tiempos, acusa a los laboralistas de haber creado un derecho hiperprotector, que garantiza una protección exagerada a un núcleo de trabajadores cada vez más reducido numéricamente, al tiempo que margina y coloca en virtual indefensión a una periferia creciente, cada vez más numerosa. La hipótesis neoliberal, parte de la premisa de que el exceso de protección puede acabar por perjudicar a aquellos mismos a quienes se desea proteger, desde la evidencia de que la hipertrofia reglamentaria impide vivacidad de las empresas para resolver rápida y eficazmente sus problemas inmediatos.³³

En el Perú, hasta 1968 no existía un corpus legal suficientemente importante dirigido a normar las condiciones de trabajo y las obligaciones y derechos que de ellas se derivan, tanto para empleadores como para trabajadores. Esto hacía que fueran normas dispersas y contradictorias los que se ocuparan de dichos asuntos en la medida en que surgían diferencias que debían ser aclaradas y zanjadas por ley.

Con el gobierno militar iniciado en 1968, este panorama empezó a cambiar de tal modo que hacia 1990 puede ya hablarse de un Derecho Laboral, dada la complejidad de relaciones de trabajo que se establecieron a medida que la economía nacional crecía y se diversificaba. Las leyes tuvieron, desde el 68, la clara intención de proteger al trabajador, velar por sus derechos y otorgarle una seguridad cada vez mayor.

En 1990 se dio inicio a lo que hemos llamado la reforma laboral. El panorama social y político era bastante otro del que fue en los años 60. El gobierno, asumiendo una política de corte neoliberal, empezó un progresivo y radical dismantelamiento en la legislación laboral anterior. A este proceso le hemos denominado "deslaborización" del Derecho del Trabajo y se presenta como un movimiento pendular: podemos considerar que el primer movimiento del péndulo fue desde 1968 a 1990, a favor de los trabajadores; el movimiento de retorno de ese péndulo, a partir de 1990 hasta la fecha, nos ha hecho volver a los años 60, en la medida en que la legislación laboral actual no hace otra cosa que desamparar a quienes no tienen sino su trabajo como medio de vida.

Por ello, al cumplir ocho años de aplicación de la reforma laboral en el país, parece oportuno redondear algunas ideas respecto a su desarrollo, características y efectos. No cabe duda que el tema es difícil; sin embargo, se trata de los cambios más importantes ocurridos en las últimas décadas que se remontan al proceso de 1968, en donde se planteó igual reforma pero de contenido totalmente opuesto. Por ello no está demás rubricar, en este trabajo, ese contexto histórico que floreció y se agotó.

Revisaremos el retorno hacia el pasado en materia laboral, con el proyecto neoliberal como paradigma y solución de los problemas económicos y sociales, que hizo desaparecer todo concepto de solidaridad y derechos sociales, inclinando el péndulo hacia el lado contrario del garantismo social. En efecto, hoy en día, por razones que explicaremos más adelante, la tendencia parece inclinarse en el sentido opuesto a las políticas de protección con participación del Estado e instituciones de la sociedad civil. Entonces la pregunta es: ¿nos encontramos en un péndulo de largo plazo? Parece que sí. Por ello, en este capítulo, empezaremos evocando lo hechos pretéritos respecto al trabajo y la crisis del Estado

³³ Cfr. SUÁREZ GONZALES, Fernando. "TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN CUANTO A LA GARANTÍA DEL EMPLEO". En: *Derecho Laboral*, N° 145, Montevideo – Uruguay, 1987, Pág. 108.

protector como causa del neoliberalismo en el país.

Hasta fines del siglo XIX e inicios del XX, las relaciones de trabajo en el Perú estaban normadas por el Código Civil a través de los contratos de locación de servicios como modalidad de las obligaciones de hacer, en donde la voluntad e igualdad jurídica de las partes debía salvaguardarse necesaria y fundamentalmente.³⁴ Contratos que tenían su origen en la *locatio conductio operarum* o en la *locatio conductio operis* del Derecho Romano.

Posteriormente se determinaron algunas normas de protección al trabajador con el Código de Comercio de 1902, que estuvo inspirado en el Español de 1885.

Recién a comienzos del presente siglo se inicio propiamente el reconocimiento de los derechos laborales con el desarrollo de la actividad industrial, ya que anteriormente la forma de producción típica era artesanal, y era más bien excepcional la existencia de establecimientos de dimensión y con características industriales. Posteriormente, la industrialización ha seguido un proceso que, en términos generales, es similar al que se ha producido en los otros países latinoamericanos. Su evolución posterior significo el fin del predominio absoluto del Código Civil y la limitación de la libertad contractual mediante la intervención del poder público con el nacimiento del Derecho del Trabajo que, como en otros países, buscaba "frenar el ritmo de la acumulación capitalista, porque el proceso de acumulación capitalista ha significado históricamente, el sometimiento de la mano de obra

Este proceso tuvo su máxima expresión en el periodo de 1968-1975 porque se llegó a cancelar la vigencia de una forma de dominación que se encontraba en crisis: la oligarquía. Esto permitió llevar a cabo una estrategia de desarrollo por medio de la política de sustitución de importaciones, que se había intentado en varias oportunidades.

En ese caso significó una importante alteración social y económica: el proyecto militar se proponía de manera general, combinar la acumulación capitalista del Estado y la del sector privado a fin de ampliar, profundizar y homogeneizar el mercado interno, con la consiguiente integración económica y social. En la medida que se lograra dicha integración y se afirmara la democratización social y económica se debería ir forjando la unidad cultural

Se desarrolló una lucha más racional en contra de las injusticias internas de una sociedad y también en contra de los mecanismos de dependencia. Las relaciones laborales de ayer, todavía acogidas en diferentes formas de dependencia interpersonal, fueron transformadas en relaciones salariales que la ley definía posteriormente.

El trabajo fue promovido como derecho, dignidad y deber de todo ciudadano; así, se promulgaron importantes dispositivos legales que se enmarcaron dentro del proyecto del gobierno militar de reestructurar la legislación laboral con relaciones laborales justas que compatibilicen la dignidad, seguridad y bienestar del trabajo con la eficiencia del centro de trabajo y desarrollo socio-económico del país.

³⁴Cfr. DIEGUEZ, Gonzalo. "LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO", 4ta. Edición, Editorial Pons, Madrid – España, 1995, Pág. 12 y sgts

Se dieron además importantes medidas que llevaron a la modernización del Derecho laboral superando la "legislación dispersa y anacrónica". Así tenemos: la creación de la Comunidad Laboral, como medio de relación entre los trabajadores y sus empleadores, al instituir la comunidad industrial con el D.L. N° 18384 del 27/7/1970.

Esta medida consistía en el acceso a la propiedad, a la dirección y a la renta de la empresa en función de sus utilidades. Esta participación (legal) de los trabajadores en la propiedad de la empresa cambió la relación laboral existente: de la dependencia total respecto a sus empleadores pasaron a convertirse en copropietarios de la empresa. Este nuevo status jurídico de los trabajadores implicaba estabilidad en el empleo, en tanto que no podían estar a merced del empleador y ser despedidos en cualquier momento.

El 10 de Noviembre de 1970 se promulgó el Decreto Ley 18471, sobre la estabilidad laboral. Esta disposición reconoce por primera vez en el Perú la estabilidad de los trabajadores en el empleo como elemento que "propende al incremento de la productividad". De esta manera se libero a los trabajadores del despido que como una espada de Damocles pendía sobre ellos. También se creó la Comisión Permanente de regulación de remuneraciones y condiciones de trabajo mediante el D.L. 18870 (1/6 1971) que buscaba garantizar una sola política de remuneraciones.

En cuanto a los derechos colectivos se dictaron medidas que buscaban su modernización; especialmente el D.S. N° 006-71TR de fecha 23 de mayo de 1971 sobre negociación y convención colectiva. Esta medida buscaba constituirse en el instrumento fundamental de la solución de los conflictos colectivos y por lo tanto regulador de las relaciones entre capital y trabajo. Además, se expidió el D.L 19040 (13-11-1971) que declaró la reorganización del Ministerio de Trabajo, asumiendo este la jurisdicción exclusiva de los problemas laborales a través de la vía judicial (D.S. 007-71-TR del 30-11-1971) y la vía administrativa (D. S. 006-72-TR del 30-5-1972).

Finalmente, los seguros sociales existentes lograron su unificación. Ello significó reordenar el sistema, superar las diferencias laborales anti técnicas e ingresar a utilizar categorías de universalidad, solidaridad e integralidad de la seguridad social propiamente. Por primera vez se habló en el Perú de un plan nacional de seguridad social. Lo traía el Plan del Gobierno Revolucionario, denominado Inca, donde se decía que sus objetivos en la materia eran lograr una seguridad social eficiente y generalizada para toda la población.³⁵ En 1971 mediante el D.L 18846 se creó el seguro social de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Fue un cambio cualitativo en tanto se logró pasar de la compañías privadas a la Caja Nacional, a un régimen de seguridad social concebido sin fines de lucro y dentro de los principios de esta doctrina.

En 1973 se creó el Sistema Nacional de Pensiones a través del D.L 19990 que articuló dentro de su ámbito, además de la pensión de jubilación, la de invalidez y la de sobrevivientes, como el único medio abierto al que acceden todos los trabajadores sin distinción del régimen laboral en base a la capitalización colectiva. El sistema de prestaciones de salud de la seguridad social se llegó a crear en 1979 (D.L 22482); fusionó los antiguos regímenes de enfermedad y maternidad para obreros (Ley 8433) y para empleados públicos y particulares (Ley 13724), y comprende las prestaciones de enfermedad y accidentes comunes, de maternidad y de sepelio.

35 Cfr. RENDON VASQUEZ, Jorge. "DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Editorial Tarpuy, Lima – Perú, 1992, Pág. 50.

Se argumenta que el Estado genera gastos improductivos y se plantea retornar al Estado garante del libre mercado. Así, en el año de 1975 fracasó el proyecto de alentar una política distributiva en favor de los sectores populares, el desarrollo de la burguesía nacional y del aparato productivo del Estado. Este proyecto pretendía el desarrollo capitalista fundado en la industrialización sustitutiva, condicionado por definiciones castrenses relativas a la seguridad nacional.

Curiosamente, por el contrario, el capitalismo consolidó las empresas transnacionales asociadas al Estado. El cambio estructural más importante de este proceso entro estrepitosamente en crisis. Nos referimos a la reforma agraria, que modificó en forma definitiva la estructura de la tenencia de la tierra en el país. Por otro lado, la estructura industrial dependiente (equipos, insumos, tecnología) generó una mayor espiral inflacionaria con recesión (estanflacion) provocando el aumento del desempleo, el incremento de los precios de todos los bienes y servicios.

En ese contexto no se podía negar algo tan palmario: la presencia organizada de los trabajadores que lograron expresarse políticamente como en pocos momentos de la historia de este siglo, constituyendo las más diversas organizaciones y gremios. Así los años de 1976, 1977 y 1978 están marcados por conflictos sindicales con más intensidad que en los años anteriores, expresado en movilizaciones, huelgas de toda clase y paros generales

Frente a esto el gobierno empezó a desarrollar una política de represión para aplicar su política de estabilización económica y dismantelamiento de las políticas sociales.

Esta crisis condicionó gran parte de la coyuntura política a partir de 1975. Los gobiernos de Morales Bermúdez, Belaúnde Terry y Alan García no representaron ninguna alternativa para el país frente a la crisis estructural. Sólo se plantearon defender los intereses (tasas de ganancias) inmediatos del capital en general y del extranjero en particular, mediante una política económica de estabilización (programas anticrisis), dejando de lado las reformas, nacionalizaciones y presentando un Estado en crisis permanente y profundamente excluyente.

Sin embargo, en ese contexto surge la Constitución de 1979, el cual es el que mejor abordó el tema laboral, dado que, se incorporan nuevos derechos, nuevas prerrogativas, nuevos esquemas de trabajo, reconocer y regular una serie de derechos laborales ausentes o deficientemente abordados por las Constituciones anteriores.³⁶

En efecto, al igual que las Constituciones precedentes, el largo artículo 42 de la carta de 1979 reconoce la libertad de trabajo como eje central de las relaciones laborales, sin dejar de mencionar que el trabajo es un derecho y deber social. Asimismo, se consagran los siguientes principios: a) irrenunciabilidad de los derechos laborales, b) el indubio pro operario, c) igualdad de trato, y, d) retroactividad de las leyes.

Además, se consagraban un serie de derechos individuales para los trabajadores; así tenemos: a) la remuneración mínima, b) la participación de los trabajadores en las empresas, c) el derecho de percibir beneficios sociales, d) la estabilidad laboral, ³⁷ entre otros.

³⁶ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. "CONSTITUCIÓN: ¿QUÉ Y PARA QUÉ?", Editorial Desco, Lima – Perú, 1978, Pág. 95.

Asimismo, en la Constitución de 1979 reguló las tres grandes instituciones del Derecho colectivo o sindical: la negociación colectiva, la libertad sindical y la huelga.

En 1990 se produce el ascenso al poder del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, quien empezó por aplicar una política de ajuste económico que implicaba poner en marcha el modelo neoliberal. Así se empezó con el desmantelamiento de la Industria y la desprotección legal en el ámbito laboral.

Se sostiene que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía; se propone la universalización de las leyes económicas, la exigencia de la internacionalización de las economías para la modernización de las sociedades y el libre juego de las leyes de la competencia mediante el restablecimiento de la responsabilidad individual. O sea, la representación de la sociedad estará constituida por individuos que interactúan entre sí en un modelo donde la libertad y la igualdad son principios de base; de ahí que se afirma que todos los individuos tienen las mismas oportunidades y su destino dependerá de sus propios méritos.

Por otro lado, se plantea como el medio idóneo para la solución de la crisis socioeconómica y el crecimiento a largo plazo la restitución de los supuestos equilibrios básicos y la oferta - demanda. Se enarbola el principio del individualismo y la negación absoluta de lo social, se propone el mercado como articulador de la vida social, la estabilidad monetaria y de los precios. Es decir, no se considera el bien común, sólo el bien propio.

Esta transformación del Estado se expreso con claridad a través de la política social entendida como la resultante de las relaciones que históricamente se establecen en el desarrollo de las contradicciones entre capital y trabajo, mediadas por la intervención estatal. Así, se viene implantando políticas de privatización de las empresas públicas con miles de trabajadores despedidos, austeridad salarial, flexibilización de las relaciones laborales, empleo temporal, desregulación del mercado y de los derechos colectivos, y privatización de la seguridad social; políticas que afectaron gravemente a la mayoría del País, y sobre todo a los sectores más pobres.

Además, se busca la reducción de la intervención del Estado en cuanto se refiere a la producción de normas protectoras de los derechos de los trabajadores. El fundamento teórico de esta actitud sostiene que el Estado debe limitar su acción a la economía, lo que en la práctica significa un rol supletorio y secundario en la producción, en las decisiones macroeconómicas y la asignación de recursos. Ese desplazamiento del Estado los gastos sociales hacia un supuesto equilibrio presupuestario, es un elemento esencial para caracterizar la reforma laboral. En suma, se trata de un modelo que es jurídicamente incompatible con los derechos de segunda generación.

Pero será a partir de 1992, después del golpe del 5 de abril, que la política

37 Sobre el tratamiento de esta figura en la Carta de 1979, véase: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "LOS DERECHOS LABORALES EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993". En: *Balance de la reforma laboral peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima – Perú, 2001, Págs. 16 y sgts.

neoliberal se establece en el país a través de un Estado autoritario cuya característica será la incapacidad de cumplir con su propia legalidad. Y a partir de 1994, con la nueva Constitución se formaliza el proyecto neoliberal del gobierno. Recordemos que toda Constitución no es más que un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación.

La Constitución de 1993 no surge como un planteamiento nacional, nace a raíz del golpe del 5 de abril del mismo año, de una fuerte presión internacional que obligó al gobierno a plantear la necesidad de una Constitución. Fue la presión internacional la que llevó al Gobierno a los primeros anuncios de lo que llama el proceso de retorno a la institucionalidad democrática, que incluía la fórmula de una Asamblea Constituyente y una nueva Constitución. Tener presente este origen es importante en la medida que se entiende que lo que esta en juego no es la voluntad de plasmar un proyecto nacional de consenso sino un proyecto político determinado.

Dicha Constitución, en materia laboral comprende, por una parte, tres artículos sobre la seguridad social (10, 11 y 12) y, por otra, las modificaciones o alteraciones de la Constitución anterior en cuanto a normas de relaciones individuales (arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27, y 29) y colectivas (art. 28). Se pone así el acento en la limitación del Estado en lo que se refiere a la producción de normas protectoras de los derechos de los trabajadores.³⁸

Se omiten las garantías que la Constitución de 1979 reconocía a los dirigentes sindicales; no precisa los alcances de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga; se elimina la retroactividad benigna para el trabajador; no se reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza y retira el compromiso del Estado de promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren a los ciudadanos la oportunidad de una ocupación útil, protegiéndolos del desempleo y subempleo. De esta manera, se establece una nueva relación entre capital y trabajo, que busca mayor ganancia y una mayor apropiación de este por parte del capital, privando a los trabajadores de sus derechos adquiridos y flexibilizando el empleo. Se puso de relieve la importancia del costo del trabajo que no solo tiene relación con la remuneración de los trabajadores, sino con la productividad.³⁹

Sobre este punto, como ya es conocido, es unánime en la doctrina la aceptación a los cambios dándose paso a la llamada "cultura de la flexibilidad" que parece marcar una nueva fase del Derecho Laboral. Se señala que la flexibilidad laboral, tanto externa como interna, no es otra cosa que la revisión de las normas tendientes a una drástica reducción de los niveles de protección para conseguir que las condiciones de trabajo se fijen a través de normas autónomas o heterónomas.

38 Para un estudio detallado del proceso de implementación de la Carta de 1993 específicamente en material laboral, véase: CARRILLO CALLE, Martín. "LA FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTENIDO LABORAL DE LA CONSTITUCIÓN". En: *Balance de la reforma laboral peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima – Perú, 2001, Págs. 45 - 59.

39 Al respecto, el Instituto Liberal y Democracia, en un estudio sobre las leyes de estabilidad laboral y sus efectos económicos, llega a la siguiente conclusión textual: "El efecto neto de una ley de estabilidad laboral absoluta es negativo: en lugar de brindar seguridad a los trabajadores en general, sólo beneficia a una fracción relativamente baja de la PEA. A la vez, afecta la productividad promedio, el ajuste de las empresas a las condiciones del mercado implica un mayor gasto del gobierno a fin de aplicar la referida norma y acentúa la segmentación del mercado laboral, de manera que los ingresos del trabajador están supeditados a la posibilidad de acceder a un empleo en el llamado sector moderno de la economía (Cfr. INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. "LAS LEYES DE ESTABILIDAD LABORAL Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS". En: *Cuadernos de trabajo*, N° 02, Lima – Perú, 1987, Pág. 27.

Sin embargo, *la flexibilidad* no se plantea el problema de eliminar normas sino cambiar el carácter de las mismas que permita la adaptación al trabajo que plantean las nuevas tecnologías, la poli funcionalidad y la competitividad mundial.⁴⁰ En cambio *la desregulación busca la eliminación total de normas protectoras, plantea la supresión de la regulación heterónoma sobre el mercado de trabajo. Se habla del retorno de la autonomía individual de la voluntad en las relaciones de trabajo.*

En tal sentido, existen dos modelos: flexibles regulados y los modelos flexibles desregulados. En el caso español, por ejemplo, existe un modelo de regulación flexible equilibrada. En este la regulación legal es fundamental y se adapta a criterios orientados a la flexibilización pero equilibrada buscando compensaciones entre las partes de la relación laboral a través de convenios colectivos o pactos sociales, lo que supone el rol gravitante de los trabajadores y empleadores con el Estado que reconoce y fomenta dicha participación.

En el segundo modelo, se desregula eliminando las normas protectoras, creando desequilibrio entre las partes, como ocurre con la reforma laboral en la mayoría de los países latinoamericanos, especialmente en el Perú.⁴¹

En el Perú, concretamente, las medidas liberalizadoras han consistido en lo siguiente:

1. Reducción del salario mínimo vital a su más baja expresión histórica, con tendencia a su congelación y aún a su virtual eliminación.
2. Supresión de las cláusulas de convenios colectivos que contenían fórmulas de reajuste salarial automático (indexación).
3. Eliminación de los aumentos generales de sueldos y salarios por vía de decretos.
4. Contención salarial a través de la resolución administrativa de los pliegos petitorios.
5. Apertura a una variedad muy grande de modalidades de contratación laboral a término o por un plazo determinado y, en general, de las modalidades atípicas de contratación.
6. Atenuación de los efectos de la estabilidad laboral.
7. Eliminación de sistemas de trabajo basados en el reclutamiento forzoso por vía de bolsas de trabajo, listas y otros mecanismos en la actividad portuaria, la construcción civil y otros.
8. Introducción del pluralismo sindical en todos los niveles organizativos.
9. Regulación legal de la huelga.
10. Aparición de sistemas privados de seguridad social en material asistencial y portuaria.

40 Para Hoyos la flexibilidad es la posibilidad de la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajuste con celeridad (Cfr. HOYOS, Arturo. "LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL EN PANAMÁ". En: *La flexibilización del trabajo: un estudio internacional*, Editorial Barquisemeto, 1990, Pág. 149.

41 Sobre la flexibilidad laboral en el Perú ver: SACO BARRIOS, Raúl. FLEXIBILIDAD LABORAL, DERECHO DEL TRABAJO Y ADMINISTRATION DE PERSONAL". En: *Rev. Análisis Laboral*, Vol. XXII, N° 247, Lima – Perú, 1998, Págs. 24-33; VEGA, María Luz. "LA FLEXIBILIDAD EN EL PERÚ". En: *Rev. Asesoría Laboral*, Lima – Perú, Mayo 1997, Págs. 10-17.

Hecha esta observación, cabe plantearse una cuestión central frente a la reforma: hasta que punto esta se acomoda al modelo flexible desregulado. La respuesta ciertamente no es complicada, en la medida en que, en nuestro país, sobre la base del proyecto neoliberal, la reforma laboral generó un conjunto de normas que se ubican claramente en el modelo de flexibilización desregulada de los derechos individuales, de los derechos colectivos, del proceso laboral y de la seguridad social. Con estos principales dispositivos se ha construido la reforma laboral, según la cual el Estado debe limitar su acción solo al mantenimiento de las reglas de juego que el mismo establece. De esta forma, el Derecho del Trabajo de este período será total y radicalmente distinto del que existía hasta agosto de 1990. Ninguna institución escapó a los cambios del gobierno.

En efecto, la línea dominante de los mismos es la liberal y podrían sintetizarse, en el caso peruano, aunque cualquier otro también sirve, en las siguientes medidas:⁴²

1. Liberalización de precios y remuneraciones en el Sector Privado, con supresión o contratación radical del ingreso mínimo legal.
2. Eliminación de subsidios en bienes de primera necesidad y, en general, en todo tipo de bienes y servicios.
3. Incrementos sustanciales en las tarifas de agua, electricidad y telecomunicaciones, así como de hidrocarburos y otros bienes y servicios suministrados por empresas estatales, para lograr paridad con los costos reales.
4. Flotación libre del tipo de cambio.
5. Liberación de las tasas de interés y supresión o reducción radical de préstamos sectoriales.
6. Simplificación y reducción de los aranceles a las importaciones, con miras a alcanzar una tasa única de alrededor de 15%.
7. Eliminación de toda restricción a las importaciones.
8. Eliminación de los subsidios a las exportaciones.
9. Eliminación de restricciones a las transacciones internacionales de capitales.
10. Eliminación de exoneraciones al Impuesto General a las Ventas o al Valor Agregado.
11. Endurecimiento del sistema de recaudación tributaria evasión del déficit fiscal.

En suma, téngase presente que la sustitución de la Constitución de 1979 por el texto sancionado en 1993, en nada es ajena a la reforma laboral implementada por el entonces gobierno de Fujimori, dado que, el radical proceso de flexibilización llevada a cabo a inicios de la década de los noventa, no sólo fue socialmente respondido por las organizaciones de trabajadores, sino también jurídicamente cuestionado ante las instancias jurisdiccionales competentes, pues significaba un claro violentamiento del marco constitucional en ese entonces vigente, lo que llevó a que se presenten ante el (ex) Tribunal de Garantías Constitucionales sendas demandas contra los pilares en que se sustentaba la reforma laboral, es decir: la Ley de la Compensación por Tiempo de Servicios, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas Estatales, Ley de Participación del Trabajador en la empresa, Ley de Beneficios Sociales, Ley del Sistema Privado de Salud, Ley del Sistema Privado de Pensiones, Ley de Fomento del Empleo y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Ante la disyuntiva de verse obligado a reconducir la legislación laboral al marco constitucional o modificar el mismo para mantener intacta su reforma flexibilizadora, el ex gobierno de Fujimori apostó por la segunda opción. Lamentablemente la incompatibilidad entre la Constitución y la reforma laboral, fue salvada flexibilizando el contenido laboral de la primera. Y eso comprobaremos en los siguientes puntos

⁴² Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. Cit. Pág. 52.

3.2 LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN EL DERECHO INDIVIDUAL

Corresponde aquí reseñar la fórmula bajo la que han sido consagradas, cuatro instituciones de lo más representativas de los derechos individuales: remuneraciones; jornada de trabajo; descansos remunerados y despidos; asimismo, estudiaremos la flexibilización del contrato de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2.1 REMUNERACIONES

La Constitución de 1993 reconoce el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración "equitativa y suficiente", que debe procurarle tanto a él como a su familia, el "bienestar material y espiritual" (art. 24° Const.). De esta manera – dicen sus mentores - mediante un "enunciado programático"⁴³ se fija una "línea de política social".⁴⁴

Entre la doctrina nacional, la sustitución del carácter de "justa" por "equitativa y suficiente" no ha dejado satisfecho a nadie, aunque el grado de disconformidad no es compartido por todos. No ha faltado quien ha querido ver en el reemplazo de los adjetivos, algo más que una simple "variación de términos", pues asume que lo que ha ocurrido es *"un cambio de enfoque en el tema, pues hemos pasado de una visión general de la justicia, a una visión particular de la misma"*.⁴⁵ La verdad es que nos resulta difícil descubrir esa trascendente intención, en un texto de pragmatismo tan acentuado.

Para calificar de "equitativa" a la remuneración, el ingreso que perciba el trabajador debe estar en proporción con la cantidad y calidad de la labor desarrollada. Los parámetros para predicar tal carácter son la cantidad del trabajo aportado y la calidad del mismo.

Adviértase que en la remuneración -por mandato constitucional- confluyen una dimensión individual y una familiar, doble condición que tiene que ser tomada en cuenta para establecer la suficiencia de la misma, tanto para las remuneraciones mínimas como para las que se hallen sobre ella.

En materia de remuneraciones mínimas, la Constitución de 1993 fija una responsabilidad estatal (su regulación corresponde al Estado y garantiza un espacio de actuación a los interlocutores sociales, en tanto participan en la regulación de la misma, las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores (art. 24°).

Respecto al primer elemento, por Estado debemos entender al Poder Ejecutivo, ya que este tiene a su alcance "los instrumentos de política macroeconómica necesarios para determinar el nivel adecuado de las remuneraciones mínimas". Si bien se considera que el Poder Ejecutivo

⁴³ Se pretende poner énfasis en su carácter programático para reducir al mínimo su eficacia normativa, dando como razón para ello "que la situación de nuestro país, por el momento, no puede asegurar su cumplimiento". En todo caso, pese a su efectividad aplazada, la norma debe de mantener su rango constitucional "para que sea cuando menos recordada permanentemente y con ello se tienda a su cumplimiento". (MORALES CORRALES, Pedro. "LOS DERECHOS INDIVIDUALES DEL TRABAJADOR EN EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN". En: *Rev. Peruana de Derecho de la Empresa* N° 42, Lima – Perú, 1993, Pág. 127.

⁴⁴ Cfr. MARCENARO FRERS, Ricardo. "EL TRABAJO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN", Editorial Cuzco, Lima – Perú, 1995, Pág. 116.

⁴⁵ Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "LA CONSTITUCIÓN DE 1993. ANÁLISIS COMPARADO", Editorial Ciedla, Lima – Perú, 1996, Pág. 219.

goza de una "facultad exclusiva" en la materia, y aquí entramos al segundo elemento, la fijación puntual de los respectivos montos debe hacerse con la participación de trabajadores y empleadores. El Ejecutivo, entonces, resulta obligado no sólo a solicitar las propuestas de los interlocutores sociales, sino también a examinarlas y tenerlas en cuenta a la hora de resolver, en tanto los sujetos colectivos son los "afectados directos por normas de este tipo", además de estar en capacidad de aportar mayores elementos de juicio para una correcta decisión. La participación de las organizaciones representativas, en la medida de lo posible, debe permitir que el acto de autoridad que constituye la decisión del Poder Ejecutivo, refleje el consenso o, cuando menos, los compromisos de dichas entidades representativas.

La fórmula constitucional adopta el plural para referirse a remuneraciones mínimas, enunciado que deja en libertad al Estado para fijar más de una remuneración mínima, atendiendo a la edad, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Respecto a la conveniencia de diversificar los "pisos" remunerativos, son más las reservas que los entusiasmos entre los autores nacionales.

Para Marcenaro,⁴⁶ por ejemplo, si bien se justifica "el establecimiento de remuneraciones mínimas diferenciales en función a las regiones a las que pertenecen los empleadores", tratándose de una actividad o gremio, la decisión estatal sólo debería proceder "en casos verdaderamente dramáticos excepcionales". Por su parte, Rubio⁴⁷ sostiene que "la determinación de remuneraciones mínimas por sectores distintos de la producción o tamaño de empresas quitaría validez al principio que subyace a la remuneración mínima: que vale igual para todos en un ámbito determinado por los precios y demás condiciones de vida así como por la capacidad de pago del empleador".

En nuestra opinión, y siguiendo a Carrillo,⁴⁸ ***el Poder Ejecutivo está constitucionalmente facultado para fijar remuneraciones mínimas diferenciadas según criterios que así lo justifiquen (geográficos; productivos; sociales, etc.) y siempre que los mismos, hayan sido concertados con los representantes de los interlocutores sociales.***

Si bien la fórmula adoptada por la Constitución de 1993, ya no dispone el reajuste periódico de las remuneraciones mínimas cuando las circunstancias lo requieran, sobrevive la obligación estatal al respecto, pues tanto una interpretación sistemática de sus artículos 22°, 23° y 24°, como el concepto doctrinario del salario social, permiten exigir al Estado el reajuste de las remuneraciones mínimas cuando se hace ostensible la necesidad insoslayable de realizar el mismo. En consecuencia, se debe de proceder al reajuste respectivo cuando las circunstancias así lo reclaman.

La Constitución de 1993 establece que las acreencias generadas en la relación de trabajo (remuneraciones y demás beneficios sociales), deben ser las primeras en ser atendidas por el empleador (art. 24°), sin precisarse ya el plazo prescriptorio que se aplica a las mismas. Posición singular es la asumida por Pasco,⁴⁹ a quien la fórmula adoptada resulta "demasiado amplia", y advierte que "La falta de límites cualitativos y cuantitativos puede llevar a fraudes en contra de acreedores de buena fe", efecto que de presentarse, claro está, resultaría desnaturalizando el precepto laboral bajo comentario.

46 Cfr. Marcenaro FRERS, Ricardo. Ob. Cit., Pág. 125.

47 Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. "ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993", Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 1999, Pág. 222.

48 Cfr. CARRILLO CALLE, M. Ob. Cit., Pág. 73.

49 Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "EL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN". En: *Rev. Ius et Veritas*, N° 07, Lima –Perú, 1993, Pág. 30.

3.2.2 JORNADAS

La vigente Constitución regula los límites (diario y semanal) de la jornada ordinaria de trabajo, así como el criterio para calcular la aplicación del tope máximo a las jornadas acumulativas o atípicas (art. 25°). Es justamente este tema, referido a la distribución del tiempo de trabajo, el que permite incorporar una modalidad de flexibilización negociada en la materia, pues el constituyente ha optado por conceder a las partes la libertad de fijar a través de los convenios colectivos de trabajo o de los contratos individuales de trabajo, la distribución de la duración de la jornada total, es decir, el límite temporal de una jornada atípica de trabajo, debe ser fijado por la autonomía privada (y no por decisión unilateral del empleador), sea ésta ejercida de manera individual o colectiva, sin perjuicio de la intervención estatal por vía legislativa en la materia.

En todo caso, la formula constitucional incurre en un nuevo error de técnica legislativa al no fijar respecto a las jornadas acumulativas, el periodo en que debe computarse que el promedio de horas laboradas no supere los límites máximos, señalados por el propio artículo 25o

A diferencia de su predecesora, en materia de tiempo de trabajo la Constitución de 1993 ya no regula la reducción de la jornada ordinaria, las horas extras, el trabajo nocturno ni el prestado en condiciones insalubres o peligrosas. Respecto a lo primero, al ser fijada con carácter de máximo, se entiende que la jornada es siempre susceptible de ser mejorada, procediéndose su reducción por medio de convención colectiva, contrato individual, costumbre o decisión unilateral del empleador. En nuestra opinión, también es posible que tal reducción se alcance por mandato legal. En cuanto a la supresión de las horas extras, se ha ensayado como explicación para ello, que resultaba innecesario mantenerlas en el texto constitucional, al haber contraído el Perú compromisos internacionales al respecto en cuanto al pago de sobretasa por labores fuera de la jornada máxima.

Nos parece inconsistente esta justificación, pues el compromiso del Perú de cumplir con el Convenio N° 1 de la OIT, no impide en ningún caso regular la materia en la Constitución, como que de hecho existe un artículo dedicado a la libertad sindical, y para ello no ha sido impedimento que nuestro país haya suscrito el Convenio N° 87 de la OIT. Finalmente, la regulación del trabajo nocturno o el prestado en condiciones de riesgo, se entiende que se mantiene como deber estatal, aunque ahora el mismo dimana de una interpretación extensiva del principio protector, al haberse eliminado su mención expresa del texto constitucional

3.2.3 DESCANSOS

La Constitución de 1993 regula la periodicidad (semanal y anual) de los descansos y establece su condición de remunerados, remitiendo - alternativamente- a la ley o al convenio, la regulación de su disfrute y su compensación (art. 25°). Pese a que el desarrollo normativo de ambos extremos corresponde a fuentes de menor nivel que el constitucional, ello no ha impedido que en la doctrina nacional se adelanten algunas apreciaciones sobre las mismas.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere al disfrute del descanso, Marcenaro ha sostenido que el trabajador no puede obligarse a vender su día de descanso semanal, por lo que - en este caso- siempre debe disfrutar en forma efectiva del descanso correspondiente. En sentido contra , Morales entiende que una de las acepciones de compensación, corresponde al

pago que debe recibir el trabajador en "sustitución" del descanso físico, es decir, que el mismo no ha sido disfrutado por el trabajador en la oportunidad debida. Para este autor si es aceptable que un trabajador "venda" su descanso semanal. Esta ultima posición encuentra su sustento en la tesis que sostiene que la compensación es consagrada constitucionalmente bajo un doble significado, pues ella "se refiere en primer termino a la compensación económica común, vale decir, a la remuneración del día de descanso o de las vacaciones; pero permite también otro tipo de compensación, como podría ser la de descanso por trabajo".

En todo caso, debe de garantizarse que todas las modalidades de compensación respeten el contenido esencial del derecho a vacaciones y que los intereses particulares del trabajador se han congeniados de la mejor forma posible con las políticas de administración de personal que aplique la empresa.

3.2.4 DESPIDOS

La Constitución de 1993 dispone que sea la ley, la que otorgue al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (art. 27°), sustituyendo así toda mención al derecho de estabilidad en el trabajo y a la causalidad del despido. Esta es una reforma medular y polémica que se introduce en el texto constitucional, la misma que ha sido cuestionada por buena parte de la doctrina nacional,⁵⁰ críticas que no siempre han sido bien recibidas por los promotores de la formula adoptada,⁵¹ quienes antes de fundamentar el cambio realizado, dedicaron sus esfuerzos a desacreditar el concepto de estabilidad laboral y la forma como este fue acogido por la Constitución precedente.

Como se sabe, es del principio de continuidad de donde dimana el concepto de estabilidad que opera en los dos extremos de la relación laboral: en la contratación (con la llamada "estabilidad de entrada") y en el despido (con la llamada "estabilidad de salida"). Adviértase que el artículo 27° pareciera olvidar la "estabilidad de entrada", pues omite señalar la directa relación entre la naturaleza de la labor a desempeñar y la duración del contrato a celebrar, según la cual, a labores permanentes le corresponden contratos de trabajo de duración indefinida, siendo la temporalidad la excepción, siempre y cuando exista el supuesto de hecho habilitante para el efecto.

Sólo la estabilidad laboral "de salida" estaría comprendida en el artículo 27° al prohibirse el despido sin justa causa, pero su deplorable redacción ambigua lo convierte en un equivoco precepto, pues se adopta una fórmula que comprende tanto a la estabilidad "absoluta" (que entiende a la reposición como la garantía más conveniente para el trabajador) como a la estabilidad "relativa" (que prefiere a la indemnización como la reparación mas eficaz frente al perjuicio sufrido), dejando que sea la ley la que defina la modalidad que mejor le parezca. La fórmula adoptada no ha dejado satisfechos ni a empresarios ni a trabajadores, para quienes lo mejor hubiese sido que la propia Constitución de 1993 eligiera por la indemnización o la reposición, respectivamente.

50 Al considerarla como una modificación peyorativa desde la perspectiva de los trabajadores, véase: RUBIO CORREA, M. Ob. Cit., Pág. 252. QUISPE CORREA, Alfredo. "APUNTES SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO", Lima – Perú, 1998, Pág. 117. PANIAGUA CORAZAO, Valentín. "LA CONSTITUCIÓN SEMÁNTICA: EL PROYECTO DEL CCD". En: *Rev. Themis*, N° 27-28, Lima – Perú, 1994, Pág. 149.

51 Este es el precepto que ha servido para que se rasguen fariseicamente las vestiduras los enemigos de la nueva Carta Magna (...). La protesta es insincera, interesada y falsa" (PASCO, "EL TRABAJO..."; Ob. Cit., Pág. 31).

Téngase presente que de alentarse indiscriminadamente la contratación temporal - riesgo inherente a la opción tomada por el constituyente-, dejaría de tener relevancia el régimen aplicable al despido, pues los contratos de trabajo se extinguirían ya no por decisión unilateral del empleador, sino por el vencimiento del plazo para el que fueron concertados multiplicándose así la precarización laboral.

En el Perú se agregaron desde 1991 nuevas causales de despido, incluyendo la terminación de la relación de trabajo por causa objetiva, para la cual se prevé un régimen simplificado de compensación por tiempo de servicios. En caso de despido arbitrario, el trabajador tiene derecho a una indemnización equivalente a una remuneración ordinaria mensual por cada año de servicio, con un máximo de doce. Si se trata de despido nulo se prevé el reintegro, salvo que en ejecución de la sentencia el trabajador opte por la indemnización.

3.2.5 EL CONTRATO DE TRABAJO

Hablar de flexibilidad desregulada de los derechos individuales es también referirse a la institución central del Derecho Laboral: el contrato de trabajo de donde devienen todos los derechos de los trabajadores. Por ello, el epicentro de la reforma laboral fue el contrato de trabajo. Sin embargo, también se dieron normas desreguladas en materia de jornada de trabajo, facultades del empleador, participación del trabajador en la empresa, etc.

Esa institución tiene vocación de permanencia,, reflejada en el principio de continuidad, una de las bases dogmáticas del Derecho del Trabajo, cuya máxima plasmación es la denominada estabilidad laboral. En efecto, el contrato de trabajo en general - o típico - tiene en la permanencia uno de sus elementos fundamentales, y excepcionalmente Puede carecer de dicho elemento, en tal caso será atípico.

Como es obvio, puede haber diversos contratos atípicos, según cual sea su causa, es decir, según la razón por la cual el contrato no es permanente. En lo que se refiere a la duración, nos encontramos ante una gama de posibilidades de contratos precarios, y la principal restricción a esos contratos consiste en autorizarlos sólo cuando lo exige la naturaleza accidental o temporal de la obra a ejecutar o del servicio a prestar.

Tan es así que la propia norma flexibilizadora más importante de la reforma reconoce que "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado ..." (artículo 4 del D.S. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Sin embargo, como veremos más adelante, "el ajuste del mercado de trabajo está directamente influido por las normas de estabilidad laboral y sobre los tipos de contratos posibles, lo cual afecta los costos de contratación y despido de las empresas".⁵²

Por ello, nos interesa en este punto, presentar en forma sintética la evolución del derecho a la estabilidad laboral en el Perú, que sirva de base en el análisis. El Decreto Ley 18471 del 10 de Noviembre de 1970 reconoció, por primera vez en el Perú, el derecho del

⁵² Cfr. GARAVITO, Cecilia. "INTERVENCION DEL ESTADO EN EL MERCADO DE TRABAJO: LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO". En: *Documento de trabajo N° 125*, Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, Pág. 14.

trabajador a no ser despedido sin causa justa; y, en el aspecto procesal, dio la categoría de cosa juzgada a las resoluciones emitidas por la autoridad de trabajo, las facultades jurisdiccionales al Fuero Privativo respecto a la aplicación del Dispositivo en mención.

A inicios de 1976, en un contexto de crisis económica y fin del proyecto político iniciado el 3 de octubre de 1968, con el golpe institucional del 29 de agosto de 1975, se sancionaron normas de carácter laboral que conculcaron los derechos elementales de los trabajadores: declarando estado de emergencia a nivel nacional (D.S. 020-76-IN), prohibiendo expresa y terminantemente la realización de toda forma de paralización colectiva (D.S. 011-76-TR), considerando al derecho a la negociación colectiva causal de la inflación y "vinculo de reivindicaciones exageradas"(sic), encarcelando y despidiendo a cientos de dirigentes sindicales (D.S. 010-77-TR).

Y, el 23 de marzo de 1978 se promulgo el Decreto Ley 22126 que derogo el D.L. 18471, creando un sistema de inestabilidad laboral. Aquel se caracterizó por aumentar las faltas graves como causal de despido, facultar al empleador a despedir sin expresión de causa al arbitrio de su simple y unilateral voluntad y dividir a los trabajadores en tres categorías: los que gozaban de estabilidad por haber superado el periodo de prueba -de tres meses- los que se encontraban en periodo de prueba y los que habían pasado el periodo de prueba pero no habían cumplido los tres años que señalaba el Decreto Ley.

La Constitución de 1979 reconoció y consagró la estabilidad en el trabajo como un derecho fundamental de la persona a diferencia de las Constituciones anteriores. Es decir, en estas no encontramos prescripción alguna sobre el derecho del trabajador a permanecer en el empleo. Por otro lado, tuvo como característica fundamental el de reconocer la experiencia legal del Decreto Ley 18471 y consagrarlo al rango más elevado de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, dejó en libertad y como tarea a la ley ordinaria los aspectos para el reconocimiento, amparo y funcionamiento de la estabilidad en el empleo.

El artículo 48° de la Carta Magna establecía que "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa señalada en la ley debidamente comprobada". Esto implicaba que la relación laboral, en general, debía tener una duración indefinida y solo podía terminar por causa justa señalada expresamente en la ley. Además, no precisaba ningún plazo; el Art. 48 era incondicional: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo". Es decir, el trabajador debía adquirir la estabilidad laboral desde el primer día de trabajo. También el artículo 48 planteaba que "el trabajador sólo podía ser despedido por causa justa", reconociendo la estabilidad absoluta, entendiendo que el empleador no debía resolver la relación laboral sin causa justa y estaba obligado a reponer al trabajador en caso que el despido resultara injustificado. De tal manera que, cuando la Constitución señalaba que "el trabajador solo puede ser despedido por causa justa", se refería a las dos clases de despido, el disciplinario o individual, cuando depende de la conducta del trabajador; y al despido colectivo, cuando la causa era ajena a la voluntad de las partes de la relación laboral.

La Ley de Estabilidad Laboral N° 24514 se promulgo el 4 de junio de 1986 y sigue vigente formalmente a pesar de las modificaciones sufridas en estos años en un contexto especial. Determinó su campo de aplicación y las causas de despido: los sujetos en actividad privada, los trabajadores de empresas publicas sometidos al régimen de la actividad privada y los exonerados del periodo de prueba que ingresen por concurso y los que reingresan al servicio del mismo empleador (Art. 2°). Además se señala dos requisitos: que el trabajador supere el periodo de

prueba de tres meses y labore cuatro o mas horas bajo la subordinación del mismo empleador cualquiera que sea la naturaleza del patrimonio o la naturaleza empresarial que adopte.

Mediante el Decreto Supremo 032-91-TR "Texto Único Ordenado sobre Estabilidad Laboral" del 19 de octubre de 1991, se reglamento la Ley 24514 derogando el D.S. 03-88-TR del 4 de Febrero de 1988 y el D.S. 016-91-TR del 13 de marzo de 1991. Curiosamente se promulgo el D.S. 032-91-TR a doce días del D. Leg. 677 que anuló la comunidad laboral con lo cual se terminó en la práctica con dos derechos fundamentales de los trabajadores que fueron reconocidos en la década de los 70 en el mismo orden: primero la creación de la Comunidad Laboral, al instituir la Comunidad Industrial con el D.L. 18350, y después de tres meses se reconoció el derecho de estabilidad laboral con el Decreto Ley 18471.

Posteriormente, el 12 de noviembre de 1991, como parte de la avalancha normativa, se publicó el Decreto Legislativo 728 "Ley de Fomento al Empleo"⁴¹ que tuvo modificaciones: D.S. No. 002-97-TR y 003-97-TR del 27 de marzo de 1997 denominados respectivamente "Ley de formación y promoción laboral" y la "Ley de productividad y competitividad laboral". Dicho dispositivo, en la práctica, derogó la Ley de Estabilidad Laboral N° 24514 y se caracteriza por:

- Crear un sistema de estabilidad relativa en el empleo, pues faculta al empleador a usar modalidades de contratos de trabajo regulados por diversas figuras de duración temporal, salvo dos de ellos cuya duración es más bien permanente pero discontinua (art. 96). Es decir, el empleador podrá resolver el contrato de trabajo cuantas veces lo desee y cada vez podrá retomar al trabajador, por lo que dicho trabajador jamás podrá adquirir estabilidad absoluta en el empleo como era vigente hasta 1991, salvo que buenamente lo quiera el empleador.
- Dividir a los trabajadores en dos categorías: los que gozan de estabilidad, por haber superado el periodo de prueba con la Ley 24514 y los que son contratados con el Decreto Legislativo 72842, cuyo periodo de prueba es de 3 meses solo para los trabajadores no calificados, prolongando hasta 6 meses para los calificados o de confianza y un año en el caso de personal de dirección (art. 10).
- Aumentar las faltas graves como causales de despido: el artículo 59 establece las causales de falta grave y amplía las señaladas en el D.S. 032-91-TR. Así tenemos, el despido por causas.
- Eliminar la protección al despido injustificado: ahora es el Juez quien decide si procede la indemnización o reposición del trabajador. Solo el despido nulo permite la reposición del trabajador.

Por otro lado, como decíamos en líneas arriba, en noviembre de 1991 se estableció el marco jurídico de los contratos de trabajo a través del Decreto Legislativo 728 "Ley de fomento al empleo", con el que se inicia propiamente la reforma laboral. Con

este dispositivo se introducen, como norma, los contratos temporales ampliando su ámbito (con determinación del plazo), que antes constituían la excepción que confirmaba la regla.

El D. Leg. 728 sostiene que "la normatividad vigente aún mantiene en marco formal rígido e ineficiente, que representa un verdadero obstáculo para las mayorías nacionales que carecen de empleo". Es decir, se parte de considerar que el problema de la escasez de empleo depende de la rigidez del contrato de trabajo. Lo cierto es que la cuestión del empleo es un problema agudo y difícil en una sociedad basada exclusivamente en la rentabilidad del capital, y no depende de modificaciones legales. Se trata no constreñirse a los cambios normativos sino de "una intencionalidad real de la sociedad y el gobierno, que comprometa y organice la inversión pública y privada y se integre en lineamientos y programas de mayor amplitud".

Sin embargo se sostendrá, a lo largo de la reforma, que flexibilizando las normal de contratación se lograra mayor empleo. Para ello, con el D. Leg. 728 se introducen contratos

temporales, así se faculta al empleador usar contratos de trabajo sujetos a modalidad y de formación - promoción. Y, lo más grave, se permite la intermediación laboral incondicional e irrestricta.

Legalmente se normó dizque para labores de tipo complementario, temporal y/o especializado, pero en la práctica se viene utilizando esta ley para todo trabajo reenumerado en empresas privadas, eventual o permanente, a través de empresas ("services") y cooperativas de trabajo para "colocar" trabajadores que laboran real y efectivamente para otras empresas denominadas usuarias.. Esta intermediación trastocó la necesaria flexibilidad del mercado y del contrato de trabajo. De esta forma, el país conoce ahora múltiples figuras de contratos temporales sujetos a modalidad, de formación y promoción, y de intermediación laboral, como política de empleo, de acuerdo al siguiente esquema:

A. CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

Según el artículo 4° del D.S. 003-97-TR (Texto Único Ordenado del D. Leg. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El artículo 53 del mismo D.S. establece las clases de contratos sujetos a modalidad.

CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL

- *Contrato por inicio o incremento de actividad.*- Aplicable tanto al inicio de la actividad productiva como a la posterior instalación o incremento de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa. Su duración máxima es de 3 años (art. 57).

- *Contrato por necesidades del mercado.*- Se celebra con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción, originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente. Su duración máxima es de 5 años en conjunto (art. 58).

- *Contrato por reconversión empresarial.*- Es el celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter

tecnológico en la maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años (art. 59).

CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL

- *Contrato ocasional.*- Contrato ocasional es el celebrado para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año (art. 60).
- *Contrato de suplencia.*- Se celebra con el objeto de sustituir a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias (art. 61).
- *Contrato de emergencia.*- Contrato de emergencia el que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor. Su duración será la de la emergencia y en ningún caso exceder un año (art. 62).

CONTRATOS PARA OBRA O SERVICIO

- *Contrato para obra determinada o servicio específico.*- Con objeto previamente establecido y de duración determinada que resulte necesaria. En este tipo de contrato podrán celebrarse las renovaciones indispensables para la conclusión o determinación de la obra o servicio de la contratación (art. 63).
- *Contrato intermitente.*- Para cubrir las necesidades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. Pueden celebrarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho de preferencia en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operando en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación (art. 64).
- *Contrato de temporada.*- Tiene por objeto atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento que se cumple sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en periodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva. Igualmente se asimila al régimen legal del contrato de temporada a las actividades feriales (arts. 67 y 71).
- *Contrato de exportación no tradicional.*- Mediante el D. Ley 22342, en noviembre de 1978, se concedió a las empresas de exportación no tradicional la posibilidad de contratar a trabajadores a tiempo determinado. Este régimen de contratación laboral fue convalidado por el D. Leg. 728. Basta que la industria se encuentre comprendida en el D. Ley mencionado (art. 80).
- *Contrato de Trabajo en zonas francas.*- En las zonas francas se permite la suscripción de contratos a tiempo determinado o sujetos a modalidad en función de las necesidades de las empresas. Es decir, los usuarios están facultados para contratar personal en forma temporal, en la proporción que requieran para cumplir con sus planes de producción, para lo cual no requieren demostrar la eventualidad del servicio (art. 81 en concordancia con el D. Leg. 704 del 5-11-91).

- *Contratos de cualquier otra clase de servicio.*- Se podrá contratar cualquier clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado en el presente dispositivo, por una duración adecuada al servicio que debe prestarse (art. 82)

En suma, algunas reformas del contrato de trabajo, esencialmente las de Argentina, Colombia, Chile y Perú, han consistido en aligerar o eliminar las reglas que emplazaban al contrato de duración indeterminada como la forma preferida de contrato de trabajo. Ha prevalecido en estos casos la idea de que el contrato de duración determinada se adapta mejor a las necesidades que la empresa demanda, permite la movilidad de la mano de obra y reduce de forma notable los costos laborales. En el Perú, el uso de esta modalidad contractual en 1998 alcanzó 445,152 contratos.

B. CONVENIOS Y CONTRATOS DE FORMACIÓN Y PROMOCIÓN LABORAL

Según el artículo 2 del D.S. 002-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Formación y Promoción Laboral), la política nacional de empleo comprende "fundamentalmente al conjunto de acciones de política laboral emprendidas por el Poder Ejecutivo orientadas a la generación masiva de empleo, a flexibilizar el mercado de trabajo...". Con ese objetivo se normaron los siguientes convenios y contratos a través del TUO del D. Leg. 728:

- *Convenio de formación laboral juvenil.*- Según el D.S. mencionado (art. 7) "tiene por objeto proporcionar conocimientos técnicos y prácticos en el trabajo a jóvenes entre los 16 y 25 años de edad, a fin de incorporarlos a la actividad económica, en una ocupación específica". Interviene como formador una empresa o entidad con trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. La duración no debe ser mayor de dieciocho meses y los jóvenes vinculados por este contrato deben ser inscritos en un Registro Especial, a cargo de la empresa, y autorizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, a su sola presentación. (arts. 10 y 11). Ahora, de acuerdo al D. Leg. 855 (4.10.96) por formación laboral juvenil se podrá contratar hasta 40% (antes 15%) del personal de una empresa.

- *Convenio de prácticas pre-profesionales.*- Tiene por objeto brindar orientación y capacitación técnica y profesional a estudiantes egresados, de cualquier edad, de universidades e instituciones superiores, así como de entidades públicas o privadas que brinden formación especializada o superior en las áreas que correspondan a su formación académica (art. 16). Los practicantes serán inscritos en un Registro Especial a cargo de la Empresa que será autorizado en la forma establecida en el artículo 28 (art. 19).

- *Contrato de aprendizaje.*- Por este contrato, el aprendiz se obliga a prestar servicios a una empresa, por tiempo determinado, a cambio de que esta le proporcione los medios para adquirir formación profesional sistemática e integral de la ocupación para cuyo desempeño ha sido contratado y le abone la asignación mensual convenida (art. 31). Pueden celebrar contratos de aprendizaje las personas mayores de 14 y menores de 24 años, siempre que acrediten como mínimo haber concluido sus estudios primarios (art. 34°).

- *Contrato de Trabajo para jefes de familia (PEJEF) y de generación masiva de empleo (PEGEM).*- Se orientan a generar ocupación a favor de trabajadores en situación de desempleo abierto, ya sean calificados o no calificados, cuyo financiamiento total o parcial y supervisión se halla a cargo del Fondo de Compensación y Desarrollo Social (FONCODES) (art. 59). Los PEGEM tienen por objeto la ejecución de proyectos de inversión pública a través de empresas privadas de

construcción civil en zonas rurales y urbano marginales, adjudicados en forma directa y previa evaluación por FONCODES (art. 61). En estos casos los contratos pueden celebrarse a tiempo determinado y sujetos a las normas establecidas en la "Ley de Productividad y Competitividad Laboral" (art 62).

C. CONTRATOS DE INTERMEDIACION LABORAL

Se pueden realizar a través de empresas de servicios temporales y complementarios (D.S. 003-97-TR, TUO del D. Leg. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral) y de cooperativas de trabajadores (D.S. 002-97-TR, TUO del D. Leg. 728, Ley de Formación y Promoción Laboral).

- *Contrato de servicio temporal.*- Por este contrato se destaca al personal a otras empresas, sin que estas establezcan vínculo jurídico con el trabajador. Supuestamente el trabajo debe ser temporal y sujeto a lo dispuesto en el Título II de la Ley que hemos hecho referencia (art. 97). Es decir, estos contratos pueden ser a su vez de naturaleza temporal, accidental o contratos de obra y servicio.

- *Contrato de servicios complementarios.*- Tiene por objetivo principal poner a disposición de otras empresas llamadas usuarias, actividades "complementarias" de mantenimiento, - limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado (art. 104).

- *Contrato de cooperativa de trabajo.*- En este contrato tampoco existe vínculo laboral alguno entre el socio-trabajador y el empleador (el cliente)⁴⁹; y el pago al personal se realiza bajo el concepto de participación conviniendo con las empresas clientes. Es decir, en el régimen cooperativo se puede prescindir fácilmente de los servicios de los socios - trabajadores sin mayores inconvenientes por no estar sujetos a un contrato, puesto que están excluidos del Derecho del Trabajo, pero prestan servicios temporales o permanentes en las empresas a la par del resto de los trabajadores. Además, las cooperativas no tienen restricción alguna en cuanto al tipo de trabajo que pueden ser de servicios temporales o complementarios. Actualmente, según el D. Leg. 855, se podrá contratar por cooperativa de trabajo hasta el 50% (antes 20%) del personal de una empresa.

3.3 INTERVENCIONISMO ESTATAL EN EL DERECHO COLECTIVO

Por desregulación de las relaciones laborales colectivas, siguiendo el trabajo de Blasco Pellicer, podemos entender: "la intervención del Estado destinada a impedir el apoyo legislativo a la autonomía colectiva, restringiendo los derechos sindicales, o recortando el espacio del convenio colectivo".⁵⁴ Es decir, la desregulación en materia de derechos colectivos requiere, de forma paradójica, la intervención del Estado a través de las leyes que limiten la libertad sindical, la autonomía colectiva y el derecho de huelga.

En ese sentido, desde 1990, contrariamente al discurso liberal -contradicción que es inherente no tanto a este gobierno sino a la ideología neoliberal en sí misma- se mantiene una política laboral intervencionista que impide la autoprotección de los trabajadores y

⁵⁴ Cfr. BLASCO PELLICER, Ángel. "LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES", Consejo Económico y Social, Madrid – España, 1995, Pág. 32.

se omite deliberadamente la promoción de formas de solución autónomas de los conflictos colectivos.

La lucha por los derechos colectivos es parte del proceso del movimiento obrero por conquistar mejores condiciones de trabajo y por la defensa de las libertades democráticas. Nuestro país, a comienzos del siglo sufrió un reordenamiento capitalista de sus estructuras socioeconómicas introduciéndose *"unidades de producción con gran concentración de capital, con una escalada desconocida entonces cualitativa y cuantitativamente. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en Europa, esta gran producción capitalista no ingresó primero a la industria, sino que se introdujo fundamentalmente en la minería y en la agricultura, actividades en las cuales se generaría entonces una elevada concentración de fuerza de trabajo..."*,⁵⁵

A nivel jurídico, esa concentración de capital y fuerza de trabajo tanto de esos sectores como en el urbano industrial, generó un clima de tensión y lucha por parte de los trabajadores en busca de derechos colectivos: los hechos huelguísticos obligaron al gobierno a buscar alguna forma de control sobre esta forma de lucha.

Se promulgo así el D.S. del 24 de enero de 1913. Este dispositivo, en su afán de reglamentar la huelga, sentó las bases para el desarrollo legislativo de los derechos colectivos al reconocer la representación obrera, así como la solución de los conflictos de trabajo a través del sistema de arbitraje.

El año de 1920, bajo el influjo del lema "patria nueva" del Leguismo como cancelación histórica del civilismo, y en un contexto externo de consecuencias de la primera guerra mundial, se modificó la primera norma sobre las huelgas con el D.S. del 12 de mayo. Y el año de 1936, se promulgo el D.S. del 23 de mayo, que constituyó la pieza fundamental de la regulación legal de la negociación colectiva durante más de 30 años.

En 1961 el Estado reconoció de manera explícita y en forma global el derecho de sindicalización, constituyéndose en cuerpo legal a través del Decreto Supremo N° 009 del 3-5-1961. Se dio en un clima de apertura y búsqueda de legitimidad, con concesiones a los trabajadores por parte del segundo gobierno de Manuel Prado: *"...el cuadro político se encontraba en franco proceso de modificación habida cuenta de los cambios en la economía y sociedad peruana. Uno de los rasgos saltantes de dicha modificación fue la irrupción política de los sectores medios..."*.⁵⁶

A partir de ese reconocimiento, con el Decreto Supremo N° 009, se dieron sólo normas dispersas prohibitivas y parciales desde una óptica restrictiva. Con este D.S. el Estado reconoció "el derecho de asociarse libremente en sindicatos (...) para la defensa de sus intereses comunes" (art. 1°). Prohibiendo la intervención de las autoridades "que tienda a limitar el derecho de asociación o entorpecer su ejercicio legal" (art. 3°). También se reconoce el derecho de los sindicatos a "constituir federaciones y confederaciones así como afiliarse a las mismas" (art. 22°) y a retirarse de las organizaciones de grado superior en cualquier momento (art. 25°).

En la situación mencionada de tensión social y de un clima de apertura del segundo gobierno

⁵⁵ Cfr. YEPES DEL CASTILLO, Ernesto. "PERÚ: 1820 – 1920. UN SIGLO DE DESARROLLO CAPITALISTA", IEP y Campodónico Ediciones, Lima – Perú, 1972, Pág. 207.

⁵⁶ Cfr. COETLER, Julio. "ESTADO Y NACIÓN EN EL PERÚ", IEP, Lima – Perú, 1978, Pág. 335.

de Manuel Prado en alianza con el APRA, el movimiento obrero logro conquistar el reconocimiento expreso del derecho de sindicalización que no hace otra cosa que recoger los principios del Convenio Internacional del Trabajo N° 87 sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, adoptado por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra en el año de 1948. El 9 de diciembre de 1959 fue ratificado por nuestro país con Resolución Legislativa N° 13281.

Finalmente, en 1971, mediante el D.S. N° 006-71-TR, se canceló la dispersión legislativa en cuanto a la negociación y convención colectiva. Y en materia sindical, en realidad nunca como en ese periodo se registró tal cantidad de organizaciones sindicales, lo que indicaba que se había resguardado y garantizado el derecho de sindicalización.

El trípede de derechos sobre los que se estructura y asienta el derecho colectivo del trabajo, ha sido reconocido por el artículo 28° de la Constitución de 1993. Cabe apuntar como primeras diferencias frente a la Constitución precedente, que mientras esta dedicaba artículos independientes a la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, el vigente texto constitucional opta por regular los tres derechos en un solo artículo. No nos parece técnicamente conveniente la opción asumida, pues si bien existe una estrecha interrelación entre los derechos mencionados, cada uno de ellos cuenta con una identidad propia perfectamente delimitada, que aconseja regularlos bajo artículos diferentes. Por la misma razón que se dedican preceptos independientes a típicas instituciones del derecho individual del trabajo, como la remuneración o el despido, consideramos que la Constitución de 1993 debió hacer lo propio con los derechos laborales de naturaleza colectiva.

El artículo bajo comentario, incluye como novedad el otorgar al Estado la función de cautelar el "ejercicio democrático" de los derechos colectivos, lo que abre la posibilidad a normas e, inclusive a actuaciones administrativas, intervencionistas en la vida y actividad de las organizaciones sindicales, es decir, este extremo del precepto encierra un potencial lesivo a la autonomía sindical, entendida en su sentido más amplio. Siguiendo la curiosa tesis de que la democratización de la vida sindical es posible lograrla por la vía del intervencionismo estatal, la Constitución de 1993 somete a la acción gremial, a lo que bien podría calificarse como una "libertad vigilada".

3.3.1. SINDICACIÓN

El derecho sindical postula la libertad de organización de trabajadores o de empleadores para promover y defender sus intereses, así como la libertad de sus organizaciones para dotarse de un estatuto, elegir sus autoridades, estructurar y formular un programa de acción, sin injerencia estatal ni de otra organización, dentro del respeto de la legalidad y con el goce de suficientes garantías.

En materia de libertad sindical, la vigente Constitución establece una triple responsabilidad del Estado, pues a este le corresponde: reconocer el derecho de sindicación; cautelar su ejercicio democrático, así como garantizar la libertad sindical. Dentro de la parquedad de la fórmula adoptada, debe entenderse que quedan garantizadas todas las manifestaciones de la libertad sindical, tanto en su dimensión individual (donde se comprende a la libertad sindical "positiva" y a la "negativa") como en su dimensión colectiva (que abarca a las facetas "dinámica" y "estática" de este derecho-libertad). ***La Constitución renuncia a precisar cualquier cosa del contenido esencial del derecho de sindicación, pues asume la posición que no es factible definir con precisión la libertad sindical por cuanto se trata de un concepto en proceso de***

evolución y dinámico por excelencia, y que lo más aconsejable es no ensayar ninguna, pues cualquier definición sólo recogería aspectos parciales de su rico contenido.⁵⁷

El artículo 28.1 bajo comentario, tampoco precisa a quien o a quienes deben reputarse como titulares del derecho, es decir, deja sin definir si son únicamente los trabajadores a los que corresponde tal posición (tests unilateral), o si ellos comparten con los empleadores la calidad de titulares (tesis bilateral). Cabe advertir que con esta indefinición, se está dejando de señalar a nivel constitucional, a los sujetos del derecho que se dice proteger.

Respecto a los sujetos colectivos, la Constitución de 1993 se refiere a ellos en cuanto a su participación en dos instancias reconocidas también constitucionalmente: la regulación de las remuneraciones mínimas (art. 24°) y su incorporación al Consejo Nacional de la Magistratura (art. 155°), utilizando en el primer caso la expresión "organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores", mientras que en el segundo se prefiere la fórmula "instituciones representativas del sector laboral y del empresarial", lo que dista bastante de una técnica legislativa depurada.

3.3.2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En materia de negociaciones colectivas, la idea central del derecho del trabajo ha sido favorecer que los trabajadores organizados puedan dialogar con sus empleadores o sus organizaciones y, como resultado de esas conversaciones, lleguen a acuerdos o convenios colectivos mediante los cuales definan las condiciones de trabajo y regulen las relaciones entre ellos.

Por mandato de la Constitución de 1993, en materia de negociación colectiva también encontramos tres deberes estatales. Ellos son: reconocer el derecho de negociación colectiva; cautelar su ejercicio democrático y fomentar la negociación.

Esta última obligación pública resulta del mayor interés, pues la misma deberá ser cumplida con el respeto escrupuloso y pleno de la autonomía colectiva por parte del Estado, exigencia oponible al Congreso en su labor legislativa, al Poder Ejecutivo en sus tareas de reglamentación y en la definición de sus políticas laborales, y aún al Poder Judicial, en tanto garante del ordenamiento jurídico. En ejercicio de tal autonomía, por ejemplo, corresponde a los interlocutores sociales la libre determinación de la materia negocial, así como la determinación del ámbito o nivel en donde se desarrollaran las correspondientes negociaciones. El siempre difícil equilibrio entre la ley y la autonomía colectiva, debe garantizar a esta última los espacios convenientes para su desarrollo, sin perjuicio que la primera delimite sus fronteras mediante la fijación de "pisos" mínimos y de "techos" máximos.

El Perú ha tomado partido por la negociación a nivel de empresa, sin embargo, se corre el riesgo de que el sindicato se tropiece con serias dificultades, con riesgos específicos de conflictos o, a la inversa, de ser controlado por el empleador.

El derecho a la negociación colectiva formar parte, por lo demás, de una libertad fundamental, que debe ser preservada a toda costa.

⁵⁷ Cfr. MARCENARO F. Ricardo. Ob. Cit., Pág. 176.

3.3.3. CONVENCION COLECTIVA

La Constitución de 1993 predica de la convención colectiva su carácter de "fuerza vinculante", lo que significa reconocerle condición de fuente del derecho y, consecuentemente, efecto normativo pleno. De esta manera, queda consagrada en sede constitucional, la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin necesidad de recepción por los contratos individuales, y su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, que solo puede disponer su mejora pero no su disminución.

La vigente Constitución ya no ubica a la convención colectiva en el nivel primario como si lo hacia su predecesora, por lo que resulta necesario que se dicte una ley con el propósito de atribuirle a esta un rango determinado en el sistema de fuentes del derecho.

Especial polémica, debido a los conflictos que crea, ha despertado la aplicación del principio de los derechos adquiridos consagrado en el artículo 62° de la Constitución a las convenciones colectivas, debido a sus particulares consecuencias en el ámbito de las relaciones de trabajo. Para entender mejor los efectos de este artículo, corresponde distinguir dos supuestos:

- a) activo: cuando la contención se convierte en sujeto de modificación, en este caso ella actúa sobre los contratos individuales de trabajo;
- b) pasivo: cuando la convención es objeto de modificación, en este caso ella resulta afectada por una disposición de fuente heterónoma.

En el primer supuesto ("activo") se afectada la eficacia normativa de la convención colectiva, pues esta -comprendida en la amplísima expresión .. otras disposiciones de cualquier clase"- dejaría de tener aplicación inmediata sobre los contratos individuales de trabajo. De esta forma se estaría vaciando de contenido el derecho a la negociación colectiva reconocido por la propia Constitución, al constreñir los alcances de los convenios colectivos a los trabajadores que ingresen durante su vigencia, pues los trabajadores que ya tenían vínculo laboral, seguirán regulándose por el ordenamiento bajo el que originalmente quedaron comprendidos. En esta hipótesis la colisión entre el artículo 28.2 y el artículo 62, sería manifiesta.

En el segundo supuesto ("pasivo"), se le estaría proporcionando a la convención una suerte de "blindaje", para dejarla a salvo de cualquier modificación que se le pretenda hacer por norma de fuente estatal. Pese al claro mandato constitucional, se sigue sosteniendo que el Estado, en mérito del interés general y siempre que medien situaciones de emergencia económica, puede dictar normas (leyes, decretos legislativos y decretos supremos extraordinarios) que modifiquen convenios colectivos, opinión que contradice la clara posición sentada por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para el que "La suspensión o la derogación -por vía de decreto, sin el acuerdo de las partes de convenciones colectivas pactadas libremente por la mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el artículo 4 del Convenio N° 98, que ha sido ratificado por el Perú.

3.3.4. HUELGA

También frente a la huelga, la Constitución de 1993 consagra una triple responsabilidad estatal: reconocer el derecho de huelga; cautelar que el ejercicio de la huelga sea democrático y regular este derecho de tal manera que sea ejercido en armonía con el interés social (art. 28°, 3). Pero no se señala a quien corresponde la condición de titular de este derecho.

La última de las obligaciones reseñadas, implica la promulgación de una norma con rango de ley, por lo que la formula adoptada sigue manteniendo -aunque ahora implícitamente- la reserva legal existente en el texto constitucional precedente. En todo caso, el precepto ya fija el contenido mínimo de la norma de desarrollo, a la que corresponde señalar las "limitaciones" y "excepciones" al derecho de huelga, el mismo que queda subordinado al "interés social", amplísimo concepto que deberá ser convenientemente acotado por el legislador, para evitar que se convierta en un parámetro de legitimidad que pueda ser utilizado discrecionalmente por el Estado con propósitos restrictivos.

No está de más advertir que este es el único artículo en todo el texto constitucional que invoca el "interés social", con la pretensión controlista ya señalada, la misma que puede también buscar fundamentarse en el precepto que dispone que la Constitución no ampara el abuso del derecho (art. 103°), con el propósito de imponer limitaciones adicionales y arbitrarias a las previstas expresamente por cada uno de los artículos del texto constitucional, o aquellas que surgen de un conflicto entre derechos fundamentales, o las que admiten un régimen de excepción, supuestos que bien pueden alegarse que se presentan al ejercitarse el derecho de huelga.

3.3.5. LEY DE RELACIONES COLECTIVA (D.L. 25593)

El 12 de julio de 1992 fue publicado el Decreto Ley N° 25593 "Ley de relaciones colectivas de trabajo"(LRCT) en un panorama mundial de dificultades para los sindicatos y a nivel nacional de debilitamiento de las instituciones, como son las organizaciones sindicales.

Cabe señalar que *"a nadie escapa la importancia que posee para la evolución de las relaciones laborales en nuestro país la expedición de una Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, mediante la cual se aborda, por primera vez en nuestro medio, la regulación sistemática e integral de los tres pilares básicos del Derecho Colectivo del Trabajo: la libertad sindical y el régimen jurídico de los sindicatos, la negociación colectiva y el derecho de huelga"*.⁵⁸

Esta Ley introdujo cambios y cuestionadas instituciones. Uno de ellos fue la participación de los notarios en la vida sindical. Efectivamente, la ley establece en su artículo 16 que "la constitución de un sindicato se hará en asamblea y en ella se aprobará el estatuto eligiéndose a la junta directiva, todo lo cual se debe hacer constar en acta, refrendada por Notario Publico, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad, con indicación del lugar, fecha y nómina de asistentes".

Además en el derecho de huelga, la Ley establece en su artículo 72, que para la declaración de huelga se requiere que la decisión sea adoptada por los trabajadores reunidos en asamblea mediante votación universal, individual, directa y secreta y que el acta este refrendada por Notario Publico o, a falta de este, por el Juez de Paz de la localidad. Con lo cual se afectó la libertad de reunión de los trabajadores.

⁵⁸ Cfr. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "LOS SINDICATOS Y LA LIBERTAD SINDICAL". En: *La nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*, Quo Vadis, U.N.M.S.M. Lima – Perú, 1994, Pág. 259.

En cuanto a la organización de los trabajadores se consolida la sindicalización por empresa y no por rama o actividad, en un contexto en donde el sindicalismo en el Perú de los 90 atraviesa una crisis ideológica y organizativa, crisis de representación.

Por otro lado, la principal novedad de la Ley 25593 de RCT, en materia de negociación colectiva, fue la sustitución de la Resolución Administrativa por un Laudo Arbitral, como mecanismo de solución final ante el desarrollo de las partes en la negociación directa. Se busco reforzar la autonomía colectiva y el abandono del intervencionismo estatal. Sin embargo, surgieron muchas dudas sobre la eficacia del arbitraje como forma de solución de conflictos, dada la escasez de antecedentes de este tipo en nuestra practica negocial. Respecto al convenio colectivo se establece la caducidad automática al vencimiento del plazo, lo cual enerva la posibilidad del acuerdo de partes (art. 43, inc. d del D. Ley 25593).

También se estableció la revisión integral de los convenios, anteriormente realizados (convenio histórico), la cual debía realizarse tanto en las negociaciones colectivas en tramite como al momento de entrar en vigencia, así como constar en la convención, laudo o resolución que rija a partir de la vigencia de este. Se llega al colmo de establecer que "las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablaran la primera convención. falta de acuerdo, la negociación se llevara a nivel de empresa" (art. 45 de la LRCT).

En cuanto al derecho de huelga se mantiene la regulación restrictiva, en tanto considera que la "huelga es la suspensión colectiva..."(art. 72), excluyendo otras modalidades que siempre han sido expresión de la practica sindical.

En conclusión, con el Decreto Ley 25593 se reconoce la libertad sindical, pero no se brinda ninguna tutela efectiva para el desempeño de su actividad y se encuentran impedidas de constituirse, por el control del Estado a través de la fiscalización de las asambleas, participación de notarios y control de registros. También se reconoce la negociación colectiva pero controlada, con limitaciones por el Estado en cuanto a su contenido. Finalmente, se reconoce el derecho de huelga, pero su ejercicio resulta casi imposible por las restricciones normativas. Por ello, existe necesidad de elaborar una nueva ley que derogue el Decreto Ley 25593, puesto que es ampliamente reclamada desde hace tiempo por los trabajadores sindicalizados y, desde el año de 1993, el Comité Sindical de la OIT hizo varias observaciones al gobierno sobre la mencionada norma.

3.4 BALANCE DE LA FLEXIBILIZACIÓN LLEVADA A CABO EN EL PERÚ: ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

Entre 1990 y 1995, sólo cinco países latinoamericanos, produjeron cambios en su normatividad interna, entre ellos cabe destacar en el caso chileno, peruano, y argentino, los dos últimos acompañados de ajustes o los denominados SHOCKS, y como parte de las reformas en la economía de mercado.⁵⁹

En nuestro caso, los siguientes fueron los móviles que inspiraron la Flexibilización Laboral:

- A. Atenuar en lo posible el problema incremental del desempleo.-** Es el flagelo del siglo. Para Grzetich, los cambios tecnológicos y el liberalismo producen perdidas de puestos de trabajo. Parte de estos se recuperan generalmente precarizados pero otra porción de ellos

se pierde irremediabilmente. La inflación galopante en el tiene carácter estructural, sus consecuencias afectan directa e indirectamente todas las variables macroeconómicas.

- B. Corregir Las distorsiones en el mercado de trabajo generadas por las políticas laborales "proteccionistas".-** Las que por su rigidez, alimentaron la informalidad, los contratos atípicos, la tercerización, etc., en el afán empresarial de liberarse de cargas excesivas para enfrentar entornos económicos cambiantes y complejos; los factores del mercado de trabajo expresados en la productividad, la capacidad adquisitiva y el pleno empleo colapsaron.
- C. Generar mecanismos legales para adaptar nuestro aparato productivo al nuevo contexto internacional.-** Flexibilidad, productividad y competitividad. Fueron en los 90 (hasta el presente), aspectos decisivos para integrarnos al mercado global de bienes y servicios. Los beneficiarios hasta hoy sigue siendo el sector externo vinculado a los servicios y las finanzas.

La Flexibilización Laboral era más que una opción ineludible, un apremio real, pues la globalización económica y la apertura de mercados trastocaban de tal modo las relaciones sociales que ante la constatación que la política laboral proteccionista frenaba las posibilidades de expansión de la inversión, también ahogaba la generación de empleo y reducía la capacidad real del salario.

La legislación proteccionista generó en términos reales mayor desprotección del trabajador pues era impensable incentivar la inversión, proveer más empleo y aumentar salarios reales con normas laborales rígidas, inflación galopante, aparatos productivos débiles y al margen de la tecnología.

Así, la hiperinflación posterior a las erráticas políticas económicas de fines del 80 hizo inevitables las medidas flexibilizadoras que procurasen alentar la inversión, acrecer el empleo, revitalizar el mercado de trabajo y por ende la economía.

En suma, si bien la Reforma Laboral se gestó en un escenario propicio a los cambios estructurales con el telón de fondo del discurso liberal hegemónico, no hubo contraparte, puesto que el sindicalismo de la época avaló la acotada Reforma Laboral. Simultáneamente ***el discurso académico laboral proteccionista que, limitado de argumentos por la lectura jurídico - formal de la nueva realidad del trabajo de la época, generaba la falsa imagen que era la normatividad laboral la traba para el desarrollo económico, o la causante de las distorsiones en el mercado de trabajo.***

Al cabo de la ejecución de las Reformas, nos planteamos la interrogante de rigor: ¿Porqué luego de 10 años de flexibilizadas las relaciones laborales, la situación del empleo sigue siendo preocupante? y ¿porqué si fuimos los primeros (en Latinoamérica) en aplicar la políticas de flexibilización a fin de responder a la exigencia de adecuación de nuestra estructuras productivas, es aún débil y precario nuestro aparato productivo?.

Se han planteado diversas hipótesis al tema, las principales se basan en sus consecuencias y en sus causas, la que procede desde la óptica de las consecuencias, no requiere un análisis profundo, sólo bastan las estadísticas, sin embargo esta constatación no discrepa con la naturaleza de las reformas o de la flexibilización.

59 Cfr. PASTOR ITURRIZAGA, Luis. "LA REFORMA LABORAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN": En: *La reforma laboral en el Perú*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima – Perú, 2002, Pág. 51.

Desde el punto de vista de las causas, el análisis (visto desde el desarrollo del mercado de trabajo) señala que las medidas de política laboral se mantuvieron en la etapa de la estabilización, la desregulación, la flexibilidad en el despido, las nuevas facultades directrices, la reducción de costes laborales, en fin los mecanismos de promoción a la inversión privada interna y externa, frenaron el desempleo galopante, promovieron la aparición de miles de unidades productivas, generaron un tipo específico de empleo para la crisis (empleo precario). En fin políticas de coyuntura para enfrentar nuestra crisis cíclica, más no la adecuación de nuestras fuerzas productivas a los retos de una sociedad global.

La flexibilización se redujo a un conjunto de *medidas normativas* que en muchos casos pecaron de inoportunas, incoherentes y siempre unilaterales. En efecto, si bien después de Chile, fue el Perú de los primeros en intentar adoptar el nuevo modelo de política laboral a las nuevas exigencias productivas de la era post-industrial, sin embargo estas no estuvieron dirigidas como política de Estado, sino no se explicaría las políticas vinculadas a los temas de la indemnización especial, de la Formación Laboral Juvenil, y la Negociación Colectiva.

3.4.1 ¿ASPECTOS POSITIVOS?

Este punto se ha puesto en interrogante debido a nuestra posición a la manifestación desreguladora que en nuestro país ocurrió en el ámbito laboral, bajo el camuflaje de la flexibilización; sin embargo, para preservar el criterio objetivo en toda investigación, se presentarán los puntos positivos que un sector de la doctrina enarbola.

El acelerado proceso globalizador encontró a Latinoamérica en plena contracción y euforia estabilizadora frente sus déficit fiscales. En el Perú además de ello con una crisis generalizada y aislamiento crediticio y de mercados, ello motivo a convertirnos en uno de los pocos países latinoamericanos que promovieron cambios en su legislación laboral, sin embargo eran cambios que venían retrasados del proceso de reforma estructural promovida por los organismos internacionales.

Entre 1990 y 1995, Lora y Pages dicen al respecto que mientras *“la orientación de las políticas microeconómicas había dado un vuelco extraordinario en materia tributaria, arancelaria, comercial, etc; en el aspecto laboral la legislación prácticamente no cambió”*.⁶⁰ Es decir, tanto nuestras propias crisis cíclicas (*que finalmente nos empujaba a la suscripción de compromisos desreguladores con los entes financieros*) como los apremios de nuestra calamitosa realidad productiva, nos indujeron con timidez a iniciar procesos flexibilizadores, aunque *sin una visión clara* de los objetivos que con ellos pretendíamos.

El proceso peruano fue el mas audaz y se dio en 2 etapas:

1. Entre 1991 a julio de 1995, periodo en el que se diversifican los contratos modales, se profundiza la intermediación laboral, se incorpora la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) al sistema financiero, se inicia la Privatización en la seguridad social, se dictan medidas

⁶⁰ Cfr. LORA, Eduardo / PAGÉS, Carmen. “LA LEGISLACIÓN LABORAL EN EL PROCESO DE REFORMAS ESTRUCTURALES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE”, Banco Interamericano de Desarrollo, 1996, Pág. 39.

para desincentivar la negociación colectiva y se eliminan aspectos laborales del ámbito constitucional (1993). El objetivo de esta etapa era obvio: *aliviar el impacto de las medidas estabilizadoras del gobierno, inyectar dinero fresco al sistema bancario, constituir un nuevo mercado de capitales con las AFPs, reducir la capacidad de presión del sindicalismo e impedir posibles frentes legales* para las medidas flexibilizadoras posteriores.

2. De 1995 a fines de la década se elimina definitivamente la estabilidad laboral se amplían los porcentajes de tercerización, se amplían los plazos y condiciones en la celebración de contratos o convenios modales, se otorgan nuevas facultades al empleador, se privatiza el régimen de prestaciones de salud, se modifica el quantum de las indemnizaciones especiales, se eliminan algunos beneficios sociales y se da un intento frustrado de desactivar el Ministerio de Trabajo. El objetivo de esta etapa era *convocar al empresariado a la lucha contra el desempleo* frente al inicio de una etapa de *recesión*.

3.4.2 ASPECTOS NEGATIVOS

Lo cierto es que las políticas de flexibilización de las relaciones laborales se produjeron vía decreto y muy al margen del debate nacional. Es así, que si bien es cierto ***propendió a una serie de medidas para eliminar las rigideces en cuanto a la contratación y el cese de los trabajadores así como otorgamiento de nuevas facultades directrices al empleador (entre otros efectos). Por otro lado tuvo efectos recesivos en diversos niveles de la actividad empresarial, y de reducción en la capacidad de consumo de los trabajadores.*** Veamos

a. Impacto Traumático.

La Reforma Laboral fue impuesta, unilateralmente y sin mecanismos de concertación y participación de los interlocutores válidos del sector laboral, tal como si ocurrió en otras experiencias donde los sindicatos, adecuadamente sensibilizados, fueron comprometidos al cambio vía Acuerdos que supusieron sentar en una misma mesa a sindicalistas, empresarios y operadores del Derecho del Trabajo.

b. Desatención al Recurso Humano.

La normatividad, aunque inspiradas en la necesidad de incorporar conceptos básicos como calidad, eficiencia y competitividad, no extendieron estas exigencias a la calificación y optimización del recurso humano y por el contrario adhirieron a masificar la mano de obra no calificada, contradiciendo en la práctica los fines formales que se postulaban. El empresariado aún concibe la calificación del trabajador no como una inversión sino como un sobre-coste laboral.

c. Confusión de Metas

La normas en su implementación terminaron priorizando más que el desarrollo del mercado del trabajo a través de las diversas medidas de fomento a la actividad privada, a privilegiar la defensa del interés de la gran empresa en detrimento de la contraparte laboral, y de la gran mayoría del empresariado nacional ubicada en las micro, pequeñas y medianas empresas. Durante una década se gestó un escenario inequitativo entre los componentes de la colectividad laboral: empleadores y trabajadores.

d. Apartamiento de la Realidad

Pues no se tomó en cuenta la dinámica particular de nuestro país, con un sector informal que crece explosivamente y con el, fenómeno tan bien candentes como la precarización del empleo vía el sub-empleo y el empleo eventual, que copan casi el 80% de la fuerza laboral, minando la economía. Esta cruda realidad fue dejada de lado por la Reforma Laboral y mas bien, alentada por su normativa, la que giró en esta década en torno al reducido ámbito de la gran empresa.

3.4.2.1 EN LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS SALARIOS

Las políticas salariales iniciales en los noventa estuvieron destinadas a la estabilización de precios primero, y a la compensación parcial del salto inflacionario después.⁶¹ ***Las remuneraciones mínimas se dejaron de reajustar desde febrero de 1992 hasta abril de 1994, perdiendo toda significación en su valor y como instrumento de política; y, desde 1994 muestran un establecimiento a la vez que una acentuación de las desigualdades de la distribución salarial, pero en esta ocasión a partir de un período de reducción de la inflación y de crecimiento productivo.***

En cuanto a la brecha de salarios entre empleados privados estables y eventuales, está además de ser muy elevada sufre un cambio esencial, en el sentido de su ampliación: un trabajador eventual puede costar hasta la mitad de uno estable en términos de remuneraciones promedio.

La brecha que se observa en el sector asalariado privado es más severa para empleados que para obreros, como resultado de la propia dispersión y diferencia de niveles remunerativos entre ambos grupos.

En el caso del sector público, lo importante son los empleados, pues la categoría obreros es marginal. Las brechas en este grupo muestran fluctuaciones que dependen de los variados cambios en los sistemas de contratación y despido del sector.

3.4.2.2 EN LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

En los puntos anteriores señalamos las nuevas modalidades de contratación laboral que dispone la Ley de Fomento del Empleo, las cuales, ya no precisan de previa aprobación de la autoridad de trabajo, sino simplemente su comunicación, quedando aprobados salvo pronunciamiento en contrario de la autoridad.

Esto, ha originado que ***la primera constatación es la continuidad del crecimiento del empleo asalariado (por ejemplo en Lima metropolitana). Las tasas de crecimiento, desde luego, son débiles, 3.0% anual para el conjunto de asalariados (privados y públicos) entre 1990 y 1996.*** ahora bien, el aumento de los asalariados privados lleva inmediatamente a pensar en qué tipo de asalariados es el que explica dicho incremento. En particular, no es difícil confirmar la sospecha de que el asalariamiento crece por el lado de las empresas pequeñas y familiares.

Por el otro lado, en 1996, solamente el 45.6% de los asalariados privados se consideraba estable en su puesto de trabajo. En el camino, los trabajadores con más de tres meses pero menos de tres años de servicios pasaron a ser sujeto de la posibilidad de despido injustificado a cambio

⁶¹ Cfr. BERNEDO ALVARADO, Jorge. "REFORMA LABORAL, EMPLEO Y SALARIOS EN EL PERÚ". En: *Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo*, OIT, Ginebra – Suiza, 1999, Pág. 187.

de una compensación económica, la cual inclusive es innecesaria en el caso del cese colectivo.

Finalmente, ***la persistencia de la intermediación, es un indicador de la desconfianza del sector empresarial respecto a las posibilidades de retorno de la estabilidad laboral; en especial, la gran empresa mantiene todavía esta perspectiva y actúa subcontratando o promoviendo ella misma las empresas o instituciones intermediarias.***

3.4.2.3 EN LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

La mayoría de países latinoamericanos definen el trabajo efectivo en torno al tiempo de disposición, ya sea porque hay una regulación especial o, en todo caso, ello se puede deducir desde diversas disposiciones genéricas y particulares.⁶²

El Perú, incluye en el concepto de trabajo efectivo las horas de reposo y comida cuando el trabajador no puede ausentarse del lugar de trabajo. Asimismo, establece la posibilidad de jornadas compensatorias: así en la primera jornada puede ser mayor o menor de las ocho horas diarias siempre que no se supere el límite de las cuarenta y ocho horas semanales. Además, se puede incluso reducir o ampliar el número de días de trabajo prorrateándose horas dentro de los días restantes y pudiendo en este caso superarse el límite semanal; en el segundo se permite una distribución de las horas de trabajo en períodos mayores a la semana, siempre y cuando el promedio no exceda, dentro de las semanas consideradas, de cuarenta y ocho horas.

Sin embargo, nuestra legislación ha precisado que el goce del descanso semanal está en función a las necesidades de la empresa, yendo en contra a la tendencia internacional de que el tiempo de descanso es el domingo, ampliándose a un día más, como puede ser el sábado

3.4.2.4 EN LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Sobre el derecho de información y derecho de consulta de los representantes de los trabajadores ha sido regulado, en el contexto de Sudamérica, sólo en el Perú, al haberlo previsto expresamente.

Asimismo, ha establecido las partes legitimadas para la negociación colectiva, resaltando la posibilidad de que puedan negociar los trabajadores unidos para tal efecto o sus representantes debidamente elegidos, sin la necesidad de constituir un sindicato.

No obstante, el Perú no ha seguido la tendencia de la reforma laboral en Latinoamérica sobre los ámbitos de la negociación colectiva, no facilitando la realización de esta figura, dado que, exige requisitos para la negociación supra empresarial. Además, no ha incidido en forma relevante a la eficacia y cobertura de los acuerdos adoptados en las negociaciones colectivas, máxime si se excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores de dirección o que desempeñan un puesto de confianza.

⁶² Cfr. OIT. "LA REFORMA LABORAL EN AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARADO", OIT, Ginebra – Suiza, 2000, Pág. 75.

CAPÍTULO IV

LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

4.1 EN EUROPA

En los países desarrollados que han practicado algunas formas de flexibilización, parece haber predominado el recurso a la flexibilización de la contratación y la jornada de trabajo.⁶³

Así, la flexibilidad externa de salida, en Europa, ha recaído menos en la facilitación del despido individual, que en la del despido colectivo por causas económicas y en la previsión de los conocidos programas de reconversión industrial.

La flexibilidad interna, esto es, la que recae sobre uno u otro aspecto de una relación de trabajo pre existente y subsistente, ha tenido como principalísimo campo europeo de acción, a la jornada de trabajo en sentido amplio.

En efecto, en esa materia se verificó un empate decoroso entre la demanda sindical de reducción del tiempo de trabajo y la pretensión empresarial de disponer de mayor libertad para el uso más o menos intensivo de la mano de obra en uno u otro momento del día, la semana, el mes o el año. Así, la flexibilización de la jornada cundió en casi toda Europa consistiendo en lo esencial, en un trueque, pactado colectivamente de disminución del tiempo de trabajo, por mayor libertad patronal en la fijación de los horarios. La compactación de la jornada de trabajo, el aumento de las vacaciones, etc., son mecanismos pactados en los contratos colectivos, con el doble resultado de disminuir sensiblemente el tiempo de trabajo, aumentando los poderes patronales para decidir en qué momento utiliza esa menor masa total de trabajo a su disposición.

La flexibilidad interna también ha operado (aunque en menor medida que sobre la jornada) en materia salarial y de movilidad del trabajador.

En materia salarial, los pactos sociales han acordado topes máximos y mínimos de aumentos salariales negociales en los grandes contratos colectivos de rama, y éstos, así como los acuerdos de empresa, han procurado incorporar partidas salariales variables, vinculadas a la productividad, el rendimiento, la producción, las ventas o las utilidades.

Asimismo, los grandes convenios colectivos de rama de actividad europeos, parecen registrar una disminución del número de categorías previstas, lo que tiende a la configuración de un trabajador más polifuncional que pueda desempeñarse en más de una tarea y que, eventualmente, puede ser desplazado de una a otra.

Pero en todo caso, el dato fundamental de la flexibilidad operada en Europa es su fuente formal: la autonomía colectiva, a través del pacto social y/o del contrato colectivo por rama de actividad. En efecto, la flexibilidad es una normativa colectiva, y cuando excepcionalmente viene impuesta por ley, resulta ser sindicalmente controlada. Esta afirmación, la comprobaremos cuando analicemos la flexibilidad laboral operada en los más importantes países europeos.

⁶³ Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. Cit., Pág. 15.

4.1.1 FLEXIBILIZACIÓN EN ESPAÑA

Durante los últimos años, la mayoría de los países han acometido procesos revisionistas de sus respectivos ordenamientos laborales. Los distintos gobiernos, fuere del signo político que fuere, han puesto en práctica diversas acciones flexibilizadoras, en unos casos con un alcance menor, al hilo de incidir en alguna de las rigideces más sentidas de cada experiencia o en algún aspecto concreto de las relaciones laborales; pero en otros ejemplos, la flexibilización ha tenido una mayor envergadura, con un carácter continuado en el tiempo y con modificaciones ejecutadas en gran parte de las instituciones y puntos neurálgicos de dicha disciplina. En este último supuesto puede encuadrarse, sin lugar a dudas, el ejemplo español.

Efectivamente, durante los últimos años, el ordenamiento laboral español ha sido objeto de un continuo proceso adaptativo. Tal inercia es, como es lógico, consustancial a su propia naturaleza. La adecuación al marco normativo y al sustrato de las relaciones laborales en que se inserta es un objetivo inexorablemente atendible por dicha rama del ordenamiento, y a la postre una característica ontológica de tal rama jurídica.

Pero, y sin ahondar en dicha obviedad, si interesa resaltar que dicho proceso revisionista ha sido especialmente marcado en la experiencia española. Primero, se tuvo que acometer el desmantelamiento del sistema Franquista amoldando su filosofía y la formulación técnica de sus instituciones a las directrices rectoras del modelo democrático en relaciones laborales instituido constitucionalmente en 1978.⁶⁴ Ahora, planea como objetivo básico la lucha por el desempleo, soslayando para ellos las rigideces insitas en el sistema español de relaciones laborales, tanto las heredadas de épocas pretéritas como las persistentes con motivo del lógico funcionamiento y aplicación de las categorías jurídicas.

Durante el período comprendido entre la primera victoria del P.S.O.E. en 1982 hasta hoy, se han cometido, para algunos contradictoriamente con la filosofía política o cuanto menos “nominal” del partido en el poder, una serie de reformas impregnadas de un acentuado cariz flexibilizador.

Lo dicho, debe ser comprobado mediante el análisis de la Constitución española (C.E.) de 1978, la cual, asienta el modelo democrático de relaciones laborales. Sus líneas maestras consisten en la primacía de la ley como fuente del ordenamiento, el refuerzo de las normas internacionales, la atribución al Estado de la potestad normativa en materia laboral, y la consagración de un amplio bloque de derechos y deberes de contenido social.

Asimismo, brilla con luz propia el “Derecho social comunitario”, plenamente aplicable desde la adhesión de España a la UE, en donde ha sido este Derecho desarrollado y complementado por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

Además, la particularidad del sistema de fuente del Derecho de trabajo español reside en la existencia de un poder normativo conjunto entre empresarios y trabajadores para la regulación de las condiciones laborales en virtud de su autonomía negociadora lo que da lugar a una norma específica no compartida por otros sectores jurídicos: el pacto o convenio colectivo. El art. 37 C.E. reconoce a los sujetos laborales colectivos el derecho a negociar sin injerencias externas los diversos aspectos que interesen a las relaciones entre trabajadores y empresarios,

⁶⁴ Cfr. ALEMÁN PÁEZA, Francisco. “LA REFORMA LABORAL EN ESPAÑA (1982 – 1996). En: Dos modelos de reforma laboral: Perú y España, Editorial Edial, Lima – Perú, 1998, Pág. 117.

sin otro límite material que el respeto a otros derechos o valores constitucionalmente protegidos con igual o superioridad intensidad.

Sin embargo, desde 1993 hasta finales de 1995 se han sucedido una serie de actuaciones que suponen la modificación legislativa más importante realizada en el ordenamiento español desde la promulgación en 1980 del Estatuto de los Trabajadores. Efectivamente, se modificaron categorías pertenecientes a los tres estadios de la relación de trabajo, entrada, permanencia y salida, aunque quizás destacaría entre todo la introducción de diversas medidas flexibilizadoras que tenían una especial incidencia en el segundo de los aspectos mencionados. Se retocaron así los puntos neurálgicos de la prestación laboral: contenido, lugar y tiempo de trabajo, mostrando una preocupación específica, por el régimen jurídico de las “vicisitudes” en la relación (movilidad geográfica y funcional y modificaciones sustanciales de las condiciones laborales).

Esto se debió a la intención de dismantelar un sistema intervencionista de las relaciones laborales para instaurar un cauce normativo que, reconocedor del libre desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo, las incardine en el ordenamiento propio de un Estado de derecho. Subyace así, como primer móvil, una justificación técnica: corregir el desfase de instituciones al transcurrir un determinado período de tiempo, soslayando una serie de disfuncionalidades heredadas de un marco laboral preconstitucional, a saber, un sistema de ordenación heterónomo, con intensas intervenciones administrativas y con actos de verdadera gestión económica por parte de la autoridad laboral ⁶⁵

No obstante, se debe indicar que la reordenación del derecho laboral español se debió a una renovación industrial del sistema capitalista jalonada por dos motores básicos: la irrupción de nuevas tecnologías y el acometimiento de transformaciones organizativas en las estructuras productivas por parte de las empresas. La difusión generalizada de ambos elementos desde hace más de una década deja atrás un tipo de economía de escala para orientarse inexorablemente hacia una economía de flexibilidad o de extensión. Mientras la primera se caracterizaba por un predominio de la producción sobre el mercado, con estrategias centradas en la producción en masa, productos de larga duración y escasamente diversificados, en la segunda se invierten los términos, a saber, mayor inestabilidad de las áreas mercadológicas, productos de ciclo corto y más diversificados, descentralización y terciarización externa e interna de las actividades y, en suma, variabilidad y fluctuación de los volúmenes de producción.

Frente a ello, el modelo de flexibilización puesto en marcha en España se caracterizó por promover una suerte de intercambio no explicitado entre la no alteración de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores típicos y la decisión de facilitar la contratación de nuevos trabajadores atípicos, cuyo ajuste se produciría automáticamente al quedar la relación laboral sometida a una duración cierta. Por ello, aunque a primera vista pueda parecer paradójico, antes de la reforma de 1994, se afirma que, más que un proceso de auténtica flexibilización de las normas laborales, lo que ha existido en España hasta hace muy poco ha sido en realidad la coexistencia de dos regímenes laborales de signo opuesto: de un lado, el régimen ordinario, informado por los principios tutelares tradicionales, aplicable básicamente a los trabajadores con contrato por tiempo indefinido; del otro, una suerte de régimen laboral extraordinario o de excepción, caracterizado por su precariedad, correspondiente a los trabajadores con contratos temporales de “fomento del empleo”. ⁶⁶

⁶⁵ Cfr. MATIA PRIMA, “SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN LABORAL”. En: La reforma laboral, Lex Nova, Valladolid – España, 1994, Pág. 17.

⁶⁶ Cfr. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “LAS RESPUESTAS DEL DERECHO DEL TRABAJO AL

Esta situación ha subsistido hasta la reforma de 1994, que ha optado por considerar como uno de sus ejes básicos el restablecimiento de la centralidad del principio de causalidad de la contratación temporal, con la consiguiente supresión, al menos como instrumento estable de determinación de la duración del vínculo laboral, de los contratos “de fomento del empleo”. El legislador de 1994 plantea la consecución del imperativo de flexibilidad o adaptabilidad del ordenamiento jurídico – laboral desde una perspectiva diferente y más global, tratando de prestar atención al conjunto de los elementos que dentro de él inciden sobre la gestión del factor trabajo en la empresa. Si con anterioridad, todas las necesidades de adaptación interna para las cuales el sistema legal ponía obstáculos eran satisfechas por medio de la contratación y el despido de trabajadores temporales, ahora se postula la conveniencia de atenderlas de manera directa, creando los mecanismos jurídicos necesarios para su satisfacción, en vez de facilitar el recurso a técnicas oblicuas y de efectos sociales contraproducentes.

Naturalmente, con esta orientación, los cambios introducidos, que han tenido como vehículos principales de expresión a las Leyes 10 y 11/ 1994, afectan, en mayor o menor medida, a casi todos los extremos del régimen jurídico del contrato de trabajo contemplados por el Estatuto de los Trabajadores. Dichos cambios pueden ser sistematizados alrededor de cuatro ejes temáticos fundamentales:

1. Un primer bloque de medidas afecta a los mecanismos de acceso al empleo, aspecto éste en el que se ha introducido dos innovaciones de importancia: el fin del monopolio estatal sobre la colocación de trabajadores, operado a través de la admisión limitada de las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos, y, la relativización de la hasta entonces absoluta prohibición de las actividades de “prestamismo laboral”.
2. Otro núcleo importante de modificaciones se vincula con la regulación de la contratación laboral. La medida más trascendente está en la exclusión del catálogo de modalidades contractuales de carácter “ordinario” de los contratos temporales “de fomento del empleo”.
3. Un tercer grupo de medidas flexibilizadoras afecta a la fase de desarrollo de la relación laboral. Se conduce a potenciar la flexibilidad interna del sistema, que es la que permite su adecuación dinámica a las necesidades de los mercados y los procesos productivos.

Se intenta favorecer una definición más flexible del contenido de la prestación laboral y facilitar su adaptación a las variaciones que puedan producirse las necesidades de la empresa mediante un conjunto articulado de medidas que comprende: a) la sustitución a plazo de los rígidos esquemas de clasificación subjetiva por otros más flexibles de origen convencional colectivo; b) el reconocimiento de la posibilidad de acordar, además de la adscripción directa del trabajador a una categoría, grupo profesional o nivel retributivo de los estipulados en sede colectiva, la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles; c) la ampliación del espacio de actuación de la movilidad funcional por decisión unilateral del empresario, que puede operar ahora dentro del grupo profesional o entre categorías equivalentes.

DESAFÍO DE LA FLEXIBILIDAD: UN BALANCE A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA”. En: La reforma laboral en el Perú: El derecho del trabajo y la política laboral del Estado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2002, Pág. 136.

Las modificaciones introducidas en el régimen de la ordenación del tiempo de trabajo, en cambio, responden a una diversidad de orientaciones. Así, el fomento de la flexibilidad en cuanto a la disposición del mismo se encuentra en la base del reconocimiento de la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada a lo largo del año mediante convenio colectivo, o en su defecto por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, superando incluso a estos efectos el límite de nueve horas diarias de trabajo efectivo o de acumular el descanso mínimo semanal por períodos de hasta catorce días.

Por lo que concierne al salario, el cambio más importante viene dado por la supresión de las normas reglamentarias reguladoras de su estructura y modalidades más importantes, en un intento de conceder un mayor margen de decisión sobre estas cuestiones a la negociación colectiva, o incluso, al menos en lo relativo a la primera de las indicadas cuestiones, a la autonomía individual.

Sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo, se favorece una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en el que opera; así: a) se suprime la necesidad de autorización administrativa previa; b) se amplía la nómina de causa justificativas, pasando a incluirse entre ellas las razones económicas; c) se distingue entre las modificaciones de alcance individual y colectivo; d) se concede al empresario el poder de proceder a su adopción de forma individual; e) la necesidad de agotar un período previo de consultas con los representantes de los trabajadores cuando se trate de modificaciones de alcance colectivo; y, f) se somete la decisión empresarial al control judicial posterior.

4. El último bloque de modificaciones afecta a los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. Se suprime la nulidad formal, así como, las medidas adoptadas giran básicamente alrededor del régimen jurídico de los supuestos de extinción de las relaciones laborales por causas vinculadas con el funcionamiento de la empresa.

Sin embargo, la Reforma de 1994 no supuso una solución para los desequilibrios del mercado de trabajo español, y en especial a la adecuada tasa de temporalidad en el empleo que lo caracteriza. No solamente los contratos de trabajo por tiempo indefinido no crecieron lo suficiente como para reducir significativamente la tasa de temporalidad, sino que los empresarios prefirieron seguir contratando temporalmente a hacer uso de los nuevos mecanismos de flexibilidad interna puestos a su disposición. Con este fin, optaron por sustituir el uso masivo de los contratos temporales de fomento del empleo por otras modalidades de contratación igualmente temporales, como el contrato eventual o el contrato para obra o servicio determinado.

Esta insuficiencia ha determinado que el proceso de ajuste de la legislación laboral se haya convertido en España en una necesidad permanente, alumbrando sucesivas reformas laborales cada tres o cuatro años (en concreto, en 1997 y 2001); todas ellas, inspiradas por el mismo propósito: crear un marco de relaciones laborales que posibilite la consecución de un doble objetivo: mayor flexibilidad, pero con más permanencia en el empleo. Un doble objetivo, en cualquier caso, sumamente difícil de alcanzar, ya que exige modificar toda una cultura empresarial de la flexibilidad basada en el uso y abuso de la contratación temporal, sustituyéndola por otra más global y respetuosa de los derechos de los trabajadores.⁶⁷

Finalmente, la Reforma de 2001 ha sido calificada de tímida e insuficiente. Esta incluye esencialmente dos medidas: a) el mantenimiento de los “contratos de fomento de la contratación indefinida”, pero con una ampliación de los grupos o colectivos a los que se dirigen; y, b) la penalización de los contratos temporales, mediante la imposición de una indemnización por cese de ocho días por cada año de servicios.

Así las cosas, son de prever nuevas reformas laborales en España en un futuro no necesariamente mediato, en las que volverá a ponerse sobre el tapete la necesidad de alcanzar un deseable equilibrio entre flexibilidad y estabilidad.

4.1.2 FLEXIBILIZACIÓN EN ITALIA

En Italia, las empresas recurren principalmente a la flexibilidad laboral mediante la subcontratación. Esta estrategia numérica externa parece verse confirmada por el porcentaje muy elevado de trabajadores autoempleados que se registra en el total de mano de obra (el 24.5% en 1995), el más alto de todos los Estados Miembros de la UE. Al parecer, esto se ha concretado en forma de microempresas establecidas en su mayor parte por ex empleados de grandes empresas industriales. Entre 1993 y 1995, el número de trabajadores independientes aumentó un 1.6% y el de empleados asalariados disminuyó el 0.1% lo que constituye una confirmación adicional de la tendencia hacia la externalización de la producción.

Asimismo, en Italia, un acuerdo tripartito nacional concertado en 1993 impulsó la extensión de la remuneración basada en el rendimiento. Dicho acuerdo establece que los aumentos de remuneración convenidos por las negociaciones empresariales tienen que estar estrechamente vinculados a los resultados alcanzados en términos de productividad, calidad y otros elementos de la competitividad a nivel de empresa.

Según una encuesta realizada en 1996,⁶⁷ de un total de 104 empresas investigadas, 53 aplicaban ese sistema en la remuneración. Las grandes empresas parecen más interesadas en esta forma de remuneración flexible ya que sólo dos de las 12 empresas encuestadas con más de 5,000 empleados afirmaron no aplicar ninguna forma colectiva de remuneración variable, frente a un tercio de las empresas que tenían entre 1,000 y 5,000 trabajadores y la mitad de las que tenían entre 500 y 1,000.

En lo que respecta a la flexibilización de la jornada de trabajo se tiene que, en Italia, la administración postal y los sindicatos acordaron en 1996 que algunas oficinas de correos permanecieran abiertas los días festivos. Este experimento se ha llevado a cabo en las oficinas de correos principales de las 15 ciudades más grandes, que están abiertas las 8.30 hasta las

67 Cfr. NAVARRO NIETO, Federico / SÁEZ LARA, Carmen. “LA FLEXIBILIDAD EN LA NUEVA RELACIÓN DE TRABAJO”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1998, Págs. 19 y sgts. MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente – Antonio. “LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO TRAS LA REFORMA DE 1994: PRÁCTICA CONVENCIONAL Y APLICACIÓN JUDICIAL”. En: Las reformas laborales de 1994 y 1997, Editorial Pons, Madrid – España, 1998, Págs. 326 y sgts. VIDAL CARUANA, Gonzalo. “ÚLTIMA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL: Ley 12 / 2001”, Editorial Temple, Madrid – España, 2001, Págs. 17 y sgts.

68 Cfr. OIT “NEGOCIAR...”, Ob. Cit., Pág. 24.

19:30 horas. El hecho de abrir esos días representa romper un importante tabú de los servicios públicos italianos. Durante el período experimental de apertura en día festivo, dichas oficinas de correos estuvieron atendidas por empleados contratados por tres meses.

Por otro lado, en Italia, en Julio de 1993 se firmó un importante acuerdo entre el Gobierno, las centrales sindicales y las organizaciones de empleadores, que simboliza un enfoque de la reforma del mercado laboral basado en el consenso.

El “Pacto Social” tuvo por finalidad reformar la negociación colectiva, flexibilizar el mercado de trabajo y establecer una política de rentas. Representó un enfoque coordinado de los interlocutores sociales para dar una nueva configuración a las reglas del juego aplicables en las relaciones laborales, estableciendo los parámetros en que debían realizarse la negociación y formularse la política.

Este Pacto Social, también está encaminada a introducir una política salarial no inflacionista incorporada en un proceso de consultas tripartitas centralizadas, y a flexibilizar el mercado laboral de manera aceptable para todas las partes. Dicho acuerdo establece que todos los años, en mayo y junio, y después en septiembre, se celebrarán dos reuniones tripartitas. En las reuniones de mayo y junio el Gobierno dio a conocer sus objetivos presupuestarios para el período, antes de presentar su documento de planificación económica y financiera trienal.

La política salarial, que es un resultado de esas consultas tripartitas, se basa en la tasa de inflación prevista. Para asegurar el éxito de esta política, el acuerdo de Julio de 1993 introduce un perfeccionado sistema de negociación articulada que prevé la distribución de las cuestiones entre los diversos niveles negociadores (central, sectorial y de empresa), así como el calendario de las negociaciones que deben celebrarse a cada nivel.

Según esas disposiciones, los aumentos salariales se acuerdan básicamente a nivel sectorial, al mismo tiempo que las cantidades que dependen de las previsiones en materia de inflación se establecen por medio de conversaciones tripartitas centralizadas. Es posible conceder aumentos adicionales a nivel de empresa, pero sólo si pueden financiarse mediante incrementos de la productividad logrados a dicho nivel. El acuerdo central también prevé un sistema de ajustes salariales provisionales a nivel sectorial en el caso de que la negociación sectorial no pueda finalizarse dentro del plazo asignado. Además, incluye cláusulas precisas sobre la manera de ajustar los salariales sectoriales si las previsiones de inflación en que se basan resultan erróneas.

Se consideran en general que las disposiciones del acuerdo central de 1993 en lo que se refiere a la política de salarios y a la estructura y funcionamiento del sistema nacional de negociación cumplen los objetivos fijados. Estos son muy ambiciosos en el contexto italiano, en especial porque suponen suprimir el sistema de indización automática de los salarios sobre la inflación existente en el pasado, lo que durante muchos decenios ha sido tabú en Italia.

El Gobierno italiano también se ha basado en las iniciativas adoptadas por los interlocutores sociales mediante la negociación colectiva bipartita para regular nuevas formas emergentes de empleo. Dado que todavía no existe ninguna disposición jurídica que abarque la mayor parte de esas formas de empleo, a menudo se regulan de manera experimental, en un primer momento mediante la negociación colectiva a nivel de empresa y después a nivel de sector de la producción. Sólo después de una nueva experiencia negociadora sobre esta cuestión se intentó una reglamentación jurídica específica.

Este método se utilizó en relación con las agencias de trabajo temporal y condujo a su legitimación en virtud del acuerdo de 1993. también se están llevando a cabo experimentos innovadores para elaborar reglas que rijan el teletrabajo o trabajo a distancia. En virtud de la Ley N° 300 de 1970 es lícito emplear equipo audiovisual o similar para supervisar y controlar a distancia a los empleados. Un convenio colectivo firmado en agosto de 1995 por Telecom. Italia y sus sindicatos condujo al lanzamiento de un proyecto de teletrabajo a domicilio. Se prevé que después de estos experimentos se prepare nueva legislación al respecto.

Por otro lado, los empleadores de Italia son relativamente favorables a la participación sindical en la organización del trabajo. En Italia, donde los sindicatos fueron muy activos en el decenio de 1980 en lo que se refiere a fomentar la organización del trabajo en grupo, los empleadores consideran en general que la negociación colectiva es el medio principal para organizar el trabajo y para fomentar la participación directa de su personal. No obstante, al igual que los del resto del mundo, los empleadores italianos son favorables a formas más débiles de participación de los trabajadores, por ejemplo círculos de calidad en vez de organizaciones autónomas de grupos de trabajadores, a diferencia de lo que prefieren los sindicatos.

En suma, esta forma de flexibilidad negociada vía autonomía colectiva, es lo que permite en Italia, se visualice la flexibilización como un paso del proteccionismo estatal al garantismo colectivo: la protección que otorgaba el Estado vía ley, ahora se logra a través de la negociación colectiva que puede pronunciar a algunos derechos a cambio de otros.

4.1.3 FLEXIBILIZACIÓN EN ALEMANIA

En Alemania, muchos convenios recientes han aceptado la limitación salarial a cambio de una mayor seguridad del puesto de trabajo. En algunas ramas de la producción que sufren pensiones en materia de competencia se ha autorizado a empresas concretas a apartarse de los acuerdos salariales concluidos a nivel del sector. Y ello se debe que la industria alemana tiene que superar una profunda crisis estructural de costes. Estas perturbaciones son consecuencia de una deficiente adaptación a los mercados.

Frente a ello, existe un fuerte sector partidario a la flexibilidad, ya que los mercados están en permanente movimiento, las empresas deben estar en condiciones de reaccionar rápidamente.⁶⁹ Durante muchos años, en Alemania tenían solamente dos instrumentos adecuados: la jornada reducida o las horas extraordinarias. Si eran insuficientes de inmediato había que aumentar o reducir el personal. Como una suerte de tope, se implantó horarios más flexibles de trabajo.

Por ejemplo, en la industria de la construcción las partes acordaron que las empresas de la ex Alemania oriental sometidas a gran presión redujeran las remuneraciones hasta un 10% con el fin de garantizar el empleo, aumentar la competitividad y reforzar la actividad constructora de ámbito regional. En la industria química de Alemania Occidental se siguió el mismo enfoque admitiéndose hasta un 10% de reducción de las remuneraciones salariales convenidas colectivamente con el fin de garantizar el empleo y aumentar la competitividad.

⁶⁹ Cfr. MURMANN, Klaus. "LOS DESPIDOS SON EL ÚLTIMO RECURSO". En: Rev. Deutschland, N° 02, 1993, Pág. 08.

Asimismo, en Alemania se ha dispuesto que al cierre de una empresa o a despidos masivos, los empleados participen en la propiedad de la compañía. En tales casos los trabajadores se reúnen para adquirir una participación en la empresa con dificultades para evitar su cierre.

Sin embargo, pese a estas medidas, el año pasado, en Alemania, hubo 850,000 despidos, así como, 3.7 millones de desempleados, cifras que tienen una tendencia ascendente, reflejando así un doloroso balance del mercado laboral.

4.1.4 FLEXIBILIZACIÓN EN FRANCIA

En Francia, la flexibilización se ha manifestado principalmente en forma de subcontratación (por ejemplo, servicios de comidas en trenes, escuelas y hospitales, así como de supervisión de prisiones). En ese país, un análisis efectuado por la Agencia Nacional Pública para el Empleo (ANPE) en 1995 de la estructura de los 2 millones de puestos de trabajo ofrecidos puso de manifiesto que sólo el 35% tenía carácter indefinido. El 64% restante se desglosaba así: 33% de duración determinada (de uno a seis meses); 19% de duración determinada (menos de siete meses); y 12% de empleos temporales obtenidos mediante agencias.

Asimismo, el ahorro de costos ha tenido sin duda importancia en el aumento del trabajo a tiempo parcial. En virtud de la Ley N° 92-1446, los empleadores que creen nuevos puestos de trabajo a tiempo parcial o conviertan empleos ya existentes a tiempo completo en empleos a tiempo parcial, manteniendo el número total de horas trabajadas, obtienen una reducción del 50% de sus contribuciones a la seguridad social. Esta cifra se redujo al 30% en 1993 como consecuencia de la preocupación del Gobierno por disminuir la carga que pesaba sobre el presupuesto nacional. El aliento legislativo encaminado a crear empleo puede haber fomentado el crecimiento del trabajo a tiempo parcial. En lo referente al crecimiento del trabajo temporal en Francia, los datos disponibles indican que, al menos en parte, se debe a la suavización, desde 1986, del marco jurídico que rige esta clase de trabajo y la tendencia creciente de algunas empresas a recurrir a contratos de duración determinada como medio de seleccionar al posible personal permanente.

En ese país, la Ley N° 93-1213 / 1993 relativa al trabajo, el empleo y la formación profesional introdujo la posibilidad de trabajar semanalmente un número variable de horas durante todo el año o parte de él, dentro de unos límites definidos, con la condición de que ello se acompañe de una reducción del tiempo de trabajo. Desde entonces, un número cada vez mayor de empresas manufactureras calcula anualmente el tiempo de trabajo, incluido el trabajo a tiempo parcial, con el fin de adaptarlo a las variaciones de la demanda.

En lo que respecta a la flexibilización del tiempo de trabajo, puede decirse que en Francia Fuerza Obrera, aunque se muestra crítica con la flexibilidad del mercado laboral en general, firmó un acuerdo con el CNPF el 31-10-1995 sobre flexibilización del tiempo de trabajo, en el que se estableció entre otras cosas su anualización. A cambio, el CNPF firmó un acuerdo que permitió reducir el tiempo de trabajo para crear empleo. Otras centrales sindicales nacionales, como por ejemplo la Confederación Francesa Democrática del Trabajo (CFDT), la Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos (CFTC) y la Confederación Francesa de Personal Dirigente (CGC) también han aceptado la anualización del tiempo de trabajo, pero sólo a cambio de reducir las horas totales sin disminuir las remuneraciones.

En el punto de las remuneraciones, en Francia se considera en general que la remuneración relacionada con el rendimiento constituye uno de los instrumentos principales de flexibilización de los salarios y abarca más del 30% de los empleados del sector privado. En dicho país, donde sólo el 20% de los trabajadores tiene convenios colectivos de empresa, el Gobierno alienta la práctica de la remuneración relacionada con el rendimiento mediante leyes e incentivos fiscales. Como consecuencia, la participación de los trabajadores en los frutos de la expansión ha aumentado espectacularmente en los últimos años.

Sin embargo, en Francia la negociación colectiva ha tenido menos importancia que en otros países europeos, aunque su Gobierno haya seguido aplicando medidas administrativas para inducir negociaciones tripartitas sobre la flexibilidad del mercado laboral. En 1993 decidió conceder una exención fiscal del 30% a las empresas que conviertan a sus trabajadores a tiempo completo en trabajadores a tiempo parcial, con la condición de que mantengan el mismo nivel total de horas de trabajo. En apoyo de esta política, el Gobierno garantizó que los trabajadores a tiempo parcial gozarían de los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Para reducir el desempleo el Gobierno empezó ofreciendo incentivos fiscales a empleadores y sindicatos, y ambas partes concertaron convenios colectivos para reducir el tiempo de trabajo en por lo menos el 19% a fin de conservar el 10% de los empleos existentes o crear otro 10% de nuevos puestos de trabajo.

Asimismo, desde mediados del decenio de 1980 se ha celebrado un número creciente de negociaciones salariales a nivel de empresa, en vez de a nivel sectorial. El Consejo Nacional de la Patronal Francesa (CNPF) ha apoyado este proceso de descentralización, abandonando en 1987 la práctica de recomendar a todas las empresas del sector privado un porcentaje específico de aumento salarial, y a finales de 1995 otra práctica consistente en formular recomendaciones anuales en materia de política de salarios. El aumento del número de convenios de empresa confirma esa tendencia, ya que de 6.496 en 1990 pasó a 8.550 en 1995.

Por otro lado, los interlocutores sociales franceses no están acostumbrados a los pactos sociales que se negocian a menudo en otros países de Europa occidental con miras a aportar soluciones globales a los principales problemas económicos y sociales del momento. Las únicas excepciones son algunos acuerdos concretos, como por ejemplo, los acuerdos de Grenelle de 1968, que se negociaron de forma especial para poner fin a huelgas generales de larga duración. Sin embargo, esto no significa que en Francia no existe negociación centralizada. De hecho, esta negociación es muy frecuente pero cada acuerdo suele limitarse a un tema determinado.

4.1.5 FLEXIBILIZACIÓN EN BÉLGICA

En Bélgica, en respuesta a un notable aumento de la tasa de desempleo a finales del decenio de 1970 y principios del de 1980, el salario mínimo se redujo en un 3% en 1984 y después se congeló hasta 1990. además, en 1992, después de haberse restablecido durante 1990 y 1991, se procedió a modificar su vinculación a los aumentos salariales medios de conformidad con lo que se conoce comúnmente como Ley de indización, en virtud de la cual el salario mínimo sólo se vinculará a los aumentos de los salarios medios si la carga impositiva y de la seguridad social no supera un determinado umbral.

Asimismo, en lo que respecta a las horas de trabajo, éstas se calculan anualmente; sin embargo, muchos convenios combinan jornadas de trabajo más largas (nueve horas diarias) y

semanas laborales más cortas (cuatro días a la semana). Como resultado de ello, la duración media de la semana laboral ha disminuido.

Por otro lado, en Bélgica se cuenta con los contratos de solidaridad, que suponen un acuerdo de reducción de la jornada, de reducción proporcional del salario y del compromiso del Estado de contratar un determinado número de trabajadores se renuncia a derechos, pero la contraparte asume una obligaciones que eventualmente pueden ser consideradas como contrapartidas o equivalentes.

Además, en Bélgica, cuyo Gobierno ha ejercido un gran influencia poco habitual en las relaciones laborales y el mercado de trabajo, se otorga una responsabilidad creciente a empleadores y trabajadores en lo que se refiere a determinar las condiciones de empleo.

No obstante, en 1993, el Gobierno impuso el llamado "Plan Global" después de que fracasaran las negociaciones tripartitas centrales. Dicho plan impuso algunas restricciones al sistema tradicional de indización automática de los salarios y prácticamente los congeló durante tres años. también incluyó medidas pormenorizadas encaminadas a flexibilizar el mercado laboral, reformando el sistema de seguridad social, protegiendo el empleo y creando puesto de trabajo. En 1996, el fracaso de las negociaciones tripartitas condujo a la promulgación de varias leyes marco, entre ellas las relativas a la fijación de sueldo y a la creación de empleo. Estas leyes marco establecen que si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre las cuestiones de que se trata dentro de un plazo determinado, el Gobierno tendrá que imponer una solución (en lo que se refiere a los salarios o sueldos) o podrá imponerla (en lo que se refiere a la creación de empleo). En la práctica, las partes no se pusieron de acuerdo sobre nada en 1997, obligando así al Gobierno a imponer sus propias decisiones sobre sueldos, empleo y otras cuestiones que afectan al mercado laboral.

Pero los fracasos que se han hecho mención, revelan las dificultades existentes para celebrar consultas y negociaciones tripartitas en la actualidad. Dicho país, en el que el Gobierno suspendió prácticamente la negociación colectiva entre 1981 y 1985 y la controló estrechamente los años siguientes, en 1993 el Primer Ministro propuso la conclusión de un ambicioso Pacto Social. Las negociaciones fracasaron y como consecuencia de ello el Gobierno impuso sus opiniones mediante una serie de leyes y reglamentos conocida como Plan Global. Cuando éste expiró en 1996, el Gobierno volvió a proponer la celebración de un ambicioso acuerdo tripartito vigente varios años. en esa ocasión las negociaciones tuvieron éxito pero los órganos competentes de uno de los sindicatos importantes no ratificaron el proyecto de acuerdo, lo cual hizo que el Gobierno aprobara varias leyes de marco sobre salarios y medidas para la creación de puestos de trabajo.

4.2 EN LATINOAMÉRICA

El análisis comparativo de la flexibilización y - más específicamente- el estudio de experiencias europeas y latinoamericanas, no puede hacerse sin subrayar la existencia de muchas diferencias entre América Latina y Europa que, por una parte, desaconsejan cualquier trasplante mecánico y que, por otra, descalifican como verdadera "flexibilización" a muchas iniciativas adoptadas en países de nuestra región. Sin embargo, esas asimilitudes son olímpicamente ignoradas, sea por frivolidad, sea por mala intención, o sea por ambas cosas. Ellas tienen que ver con diferencias de los niveles de vida de los trabajadores, con los distintos

niveles de protección social de los mismos y con la fuente formal de (el instrumento jurídico utilizado para) la flexibilización.

Una primera diferencia, tan evidente como fundamental, radica en el distinto margen disponible para el achicamiento, ajuste, disminución o desmejora de los derechos, beneficios e ingresos de los trabajadores, aquí y allá. El trabajador promedio europeo, tiene un salario suficiente, dispone de vivienda y a menudo de automóvil: tal vez sea razonable pedirle a este trabajador que realice cierto sacrificio en su nivel de vida, en beneficio de otros colegas o compañeros desempleados. Pero, ¿qué sacrificio puede razonablemente pedírsele al trabajador – promedio de América Latina que, por supuesto no tiene automóvil, que tampoco tiene vivienda decorosa y cuyo salario mensual no le permite cubrir las necesidades básicas de un mes?. Obviamente, el "margen de maniobra" es infinitamente menor, si es que existe. Más aún: hay que preguntarse si es éticamente admisible pretender un tal sacrificio de este tipo de trabajador. En otras palabras: en América Latina, el "margen " no existe o es menor, y de existir, no debería ser utilizado.

Pero al mismo tiempo -y esta es una segunda diferencia cuantitativa importante-, hay que preguntarse sobre la eficacia real de esa operación éticamente improcedente. En los países europeos, la participación del salario en la renta nacional supera, largamente (aunque con sensibles diferencias de país a país) el 50%; en América Latina, esas cifras son casi desconocidas (¿escondidas?), pero promedialmente deben ser de hasta el 20 y el 30%. El costo de la hora de trabajo (sumando salarios, aportes sociales, etc.), es entre cinco y diez veces mayor en Europa y Norteamérica que en América Latina. El peso del salario en el costo total de producción y/o en el precio de venta es, también, bajísimo en América Latina (7% en la industria manufacturera peruana, por ejemplo). En este marco, ¿cuál puede ser el efecto económico real, verdadero, de una reducción de los "costos laborales"?.

La tercera diferencia, también fundamentada ya en el campo jurídico y es, a la vez, de connotación cuantitativa y cualitativa: lo que se ha flexibilizado en Europa, aun no existe en Latinoamérica, o existe de manera diferente. Los institutos jurídicos que el mundo europeo flexibiliza, modifica o achica, aun no habían sido plasmados en la legislación laboral de nuestros países. Por ejemplo, la flexibilidad de la contratación se da, en Europa, en un marco jurídico que es, aproximadamente, el siguiente: prohibición o limitación -según los países- de las empresas suministradoras de trabajo temporal; existencia de servicios públicos de empleo con ingerencia directa en la colocación, a veces -como en Italia-, limitando severamente la libertad de elección del trabajador por el empleador; participación sindical en la gestión de los servicios de empleo; seguros de desocupación"); programas de capacitación y recapitación profesional; etc. Todo esto, que es lo que se esta flexibilizando en Europa en el campo de la contratación (flexibilidad interna de entrada), no existe en América Latina.

Lo mismo sucede en las otras áreas donde opera la flexibilización europea. La flexibilización de la jornada supone, en Europa, la reducción de la duración del trabajo, mientras en Latinoamérica se propone el aumento del tiempo de trabajo o, en todo caso, nadie propone trabajar menos. La flexibilización salarial supone, en Europa, el enlentecimiento de mecanismos de ajuste automático que no existen entre nosotros, y la incorporación de formas variables de remuneración, las que, en muchas industrias latinoamericanas, como la textil, eran ya mucho mas extendidas aquí, que en el mundo desarrollado.

Por consiguiente, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que lo que se flexibiliza en Europa no existe aún en Latinoamérica, o es infrecuente y poco desarrollado.

Pero la más importante diferencia entre la flexibilización europea y la desregulación latinoamericana, es la distinción cualitativa en la fuente formal de derecho que introduce la flexibilidad. Como ya dijimos, la flexibilidad es, en verdad, una normativa colectiva, introducida por la negociación colectiva y/o el pacto social (concertación).

La diferencia entre una adaptación negociada colectivamente y una derogación impuesta unilateralmente por el Estado y el empleador, es tan evidente como la "distracción " con la que a menudo se la ignora.

Finalmente, hay, también, una gran diferencia en el papel del Estado, que en Europa es doblemente contradictorio con el de algunos de nuestros países. ***En la flexibilización europea: (a) el Estado no deroga la legislación protectora, sino que promueve que las partes sociales negocien colectivamente una normativa que se superpone a la de origen estatal, sin derogarla; y (b) en el campo de la contratación de promoción del empleo, el Estado adopta una actitud "agresiva " de promoción, incentivos, exenciones y subsidios, por una parte, y por la otra, maneja una estructura de seguridad social ya referida que opera como un "colchón " protector o "defensivo ".***

Lamentablemente, en América Latina. han predominado hasta ahora, en forma casi exclusiva, modalidades de desregulación salvaje, es decir, de desmejoras laborales unilateralmente impuestas por ley o decreto, frecuentemente de dudosa constitucionalidad o legalidad, respectivamente.

Para algunos el caso típico de desregulación salvaje es la sustitución de la legislación laboral chilena por el "Plan laboral" primero, y por el "Código del Trabajo" después, oerada por el régimen militar que gobernó el país a partir de 1973.

Otros consideran que el extremismo de esta experiencia, su contexto político, etc., la excluyen del concepto jurídico de flexibilidad y aún de desregulación. Desde este punto de vista, la primera ley latinoamericana de desregulación sería la ley N° 1 / 1986 de Panamá, llamada de "reforma aboral ". En lo esencial, esta norma amplía de dos a tres meses el periodo de prueba y establece numerosas franquicias laborales para la pequeña empresa y para determinadas industrias de exportación: disminución del plus a pagar por el trabajo extraordinario, redefinición restrictiva del salario, y exclusión de los trabajadores a domicilio del ámbito de aplicación del Derecho Laboral.

La eficacia práctica de la ley 1/1986 no puede ser determinada, dada la crisis política, militar y económica que vivió y vive Panamá desde entonces. Pero este dispositivo tuvo mas eficacia fuera de sus fronteras, porque varias de sus disposiciones inspiraron leyes posteriores de otros países: así, la ley panameña 1 / 1986 tiene el valor o el disvalor -según como se le mire- del antecedente.

En efecto, la ley de "reforma laboral" de Colombia, (Ley NQ 50 de 28-12-90, vigente a partir del 1.1.91), se inspira en la ley panameña desde el propio nombre. Como aquella, reduce la remuneración de las horas extras y redefine restrictivamente al salario. Pero la ley colombiana va mas allá, modificando numerosas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, siempre "in pejus".

Un modelo similar es adoptado en Ecuador por la Ley N° 133 de 1991. Esta norma "redondea otros aspectos de la desregulación salvaje latinoamericana, al agregar a la desregulación de los derechos individuales del trabajador, la re-regulación restrictiva de la actividad sindical y la autotutela.

Este proceso de imposición unilateral por el Estado de desmejoras, legislativas para el trabajador, alcanza- su mayor expresión con la aprobación, en. Perú, de un conjunto de "decretos legislativos ", sobre fines de 1991. Son más de cien "decretos legislativos " dictados por el Poder Ejecutivo en use ¿y abuso?) de una delegación legislativa que le hiciere el Congreso. Varios de ellos se refieren a la materia laboral, estableciendo desmejoras en las relaciones individuales o restricciones en las colectivas. El Decreto Legislativo N4 728 dicta una denominada "Ley de Fomento del Empleo " que recoge mucho de la legislación española antes referida y del proyecto de ley argentino que luego diera. lugar a la ley que seguidamente se menciona, pero en ambos casos, excluyendo meticulosamente todo lo que, en aquellos modelos, supone contrapeso a las exorbitantes facultades patronales (autonomía colectiva como fuente formal habilitante de la celebración de contratos precarios, control sindical, etc.), o protección social contra los efectos más nocivos de la flexibilización (seguro de desempleo), o compromisos estatales (subsídios, exoneraciones, becas).

Analizada globalmente y en su contexto, es probable que la desregulación impuesta en el Perú por los decretos legislativos de 1991, constituya una de las mas abruptas abrogaciones de la legislación laboral, superada en su extensión e intensidad solo por las reformas chilenas de 1973-1989. Tal vez constituya un ejemplo extremo de la desregulación salvaje predominante en Latinoamérica, sustitutiva de una flexibilidad civilizada: (a) desmejorada en la protección de los trabajadores, incondicional y unilateralmente impuesta por el Estado, al margen de toda negociación y compensación; (b) a menudo con violación de otras formalidades jurídicas (uso del decreto en materias que exigen ley formal, inconstitucionalidad de esta, invasión o restricción de la autonomía colectiva y la autotutela); y (c) sin que el gobierno asuma ningún papel promotor (todas las ventajas reconocidas al empleador son "concedidas" por el trabajador, ninguna por el Estado, que tampoco desarrolla una política de colocaciones agresiva), ni compensador (el Estado no instaura un seguro de paro, ni otras medidas de seguridad social, ni concede becas de capacitación profesional).

Ahora bien: esta corriente de desprotección, impuesta, no ha sido exclusiva ni unilineal. Por el contrario, coexiste con lo que podríamos denominar "contraataques protectores": nuevas normas laborales que en otros países -a veces, hasta en los mismos-, retoman o subrayan la orientación clásica del Derecho Laboral (imperatividad, irrenunciabilidad, protección del trabajador, aumento de beneficios, justicia social).

Así, las Constituciones brasileña de 1988 y colombiana de 1991(ésta aprobada seis meses después que la ley de desregulación), incorporan a nivel constitucional -o sea al más alto de la jerarquía normativa-, normas, mandatos y principios propios de la teoría clásica del Derecho Laboral. A su vez, la nueva Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, aprobada a fines de 1990 y vigente a partir del 1 de Mayo de 1991, es un típico "código" protector que ha sido expresamente presentado como la opción por la protección legal del trabajador en una hora en que desde diversos reductos ideológicos económicos se intenta desmontar el Derecho del Trabajo.

Cabe agregar, todavía, que siendo normas protectoras, rígidas y detallistas, tanto la LOT venezolana como, especialmente, la Constitución brasileña contienen, sin embargo, algunas "válvulas de escape" flexibilizadoras. Es interesante, al respecto, la citada Constitución, que recoge la verdadera flexibilidad -vía autonomía colectiva-, en materias de horario de trabajo y de salarios. En efecto, los numerales VI y XIII del artículo 7 de la Constitución de Brasil de 1988, constituyen la primera experiencia de recepción de una forma civilizada de flexibilización-a través de la negociación colectiva-, en el caso, dentro de un marco totalmente protector.

En suma, el tema de la flexibilidad plantea, en Latinoamérica, múltiples perplejidades. La primera es, obviamente, la de si encierra una propuesta de dinamitación del Derecho laboral o sólo una adaptación de aquellos aspectos superados por la evolución. En rigor, la inversión y el empleo dependen, en América Latina de muchos factores, ajenos a los costos laborales: estos son tan bajos, la participación del salario en la renta nacional y en los precios de venta son tan ínfimos que (en la realidad, y aunque se diga lo contrario sin demostrarlo), parecería que poco o nada puedan influir en las decisiones empresariales de inversión y de empleo. Obviamente, la situación puede ser diferente en Europa, donde los costos laborales son entre 5 y 10 veces más altos y la participación del salario en la renta nacional entre dos y tres veces mayor.

A todas estas dudas, se suma una reserva ética, sobre la justicia de hacer recaer en los trabajadores el presunto costo de la eficacia económica. Yo se que esto puede sonar "antiguo", especialmente para los economistas neoliberales y para algunos neolaboralistas, pero eso, en el fondo, es una mera frivolidad, un problema de modas: la justicia sigue siendo la razón de ser del Derecho.

La segunda perplejidad, derivada de la anterior, viene dada por el relativismo que empapa cualquier consideración verdaderamente objetiva de esta cuestión. Si no tenemos claro que la legislación laboral tenga realmente un efecto estimulante o desestimulante de la inversión y el empleo en América Latina, si tampoco está claro cual ha sido el éxito o fracaso de las leyes de flexibilidad o de desregulación en la creación de empleo, si al mismo tiempo esta tendencia coexiste con tendencias contrapuestas "clásicas", es muy difícil -si no imposible-, formular un juicio objetivo, serio y preciso sobre los efectos reales de la flexibilización.

En tercer lugar, la "flexibilidad" es una expresión polisémica, especialmente en Latinoamérica, donde su uso ambiguo debería ser corregido. Aquí, la mayor parte de las políticas de "flexibilización" han sido, en verdad, de mera desmejora impuesta unilateralmente por el Estado: desregulación salvaje presentada bajo el rótulo de flexibilidad. Simultáneamente, las pocas normas latinoamericanas de flexibilidad propiamente dicha, son de difícil o imposible valoración práctica, por el momento: las dos disposiciones flexibles de la Constitución brasileña de 1988 han recibido muy escasa aplicación, por el momento.

Esa polisemia también se aprecia, en Latinoamérica, con referencia a las diversas clases o tipos de flexibilidad. De hecho los mayores embates flexibilizadores o, desreguladores se han abatido sobre la denominada flexibilidad externa y -dentro de ella-, sobre la de entrada, fomentando la contratación precaria. Hay unos pocos casos de flexibilidad de la jornada, muy pocas previsiones jurídicas de verdadera flexibilidad salarial y casi ninguna de movilidad interna. Lo que si ha cundido, es la desmejora impuesta, de hecho o de derecho, especialmente -aunque no exclusivamente-, en materia salarial.

Finalmente, llama poderosamente la atención que siendo la flexibilidad una disciplina colectiva, en América Latina haya predominado la imposición de una caricatura de ella a través

de la norma estatal o del mero incumplimiento: el Estado abroga sus propias normas sin antes haber intentado exigir su cumplimiento. Como ya dijimos, la autonomía colectiva es el instrumento fundamental de la flexibilidad. Pero en América Latina ese instrumento ha sido sub-utilizado y, lo que es peor, está muy poco desarrollado.

Lo indicado, será demostrado cuando analicemos en los siguientes sub punto la flexibilización ocurrido en determinados países de Latinoamérica.

4.2.1 ARGENTINA

El punto culminante del garantismo en la Argentina fue la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 (LCT), promulgada por el régimen peronista que ocupó nuevamente el poder entre 1973 y 1976. En 1976 el régimen militar la sustituyó por una nueva ley, en la que se recortaban algunas de las protecciones de la de 1976, sin que la nueva LCT perdiese su sesgo general garantista. El nuevo régimen laboral se mantuvo con relativamente pocos cambios hasta 1991, pero a partir de entonces conoció bastantes modificaciones, y a la hora actual se está discutiendo la adopción de nuevas flexibilizaciones laborales. En materia de relaciones colectivas de trabajo sí hubo varias modificaciones, que alcanzaron al régimen sindical y a la negociación colectiva, además de una ley de contratación colectiva en la administración pública.

Las reformas importantes que tuvieron lugar después de 1991 fueron la Ley Nacional de Empleo (LNE), y dos leyes de 1995, una de las cuales se refiere específicamente al empleo en la pequeña empresa. La LNE es un texto muy extenso (160 artículos), que procuraba dar un tratamiento coherente al tema del empleo, abordado desde diferentes perspectivas: lucha contra el empleo clandestino, políticas activas de empleo, prevención de despidos colectivos, programas en favor de colectivos de trabajadores con dificultades de inserción laboral, asistencia a los desempleados, creación de un Fondo Nacional de Empleo e introducción de nuevas modalidades de contratación laboral. Uno de sus rasgos principales fue la promoción de formas de contrato de trabajo llamadas atípicas o precarias, por oposición al contrato llamado clásico o típico, es decir el contrato a tiempo completo, por cuenta de un solo empleador, por una duración indefinida, al que el empleador no puede dar término sino por causa justificada.

Al parecer, los autores de la reforma de 1991 consideraron que el modelo de contrato que ofrecía la legislación entonces en vigor, imponía rigideces que afectaban la competitividad de las empresas y desalentaban la creación de empleos, en la medida en que dificultaban el despido o encarecían su costo. Algunas dudas puede inspirar esta presunción, pues hubiera bastado con un rápido cotejo de la legislación argentina con la de otros países de América latina para constatar, por ejemplo, que el despido sin causa de un trabajador en la Argentina no es más difícil ni costoso que, por ejemplo en Chile, Colombia, México o Venezuela, y a menudo es más fácil y barato; al parecer esto no se hizo. De ahí que la LNE autorizó numerosas modalidades de contratación atípicas; en particular habilitó diversos casos de recurso al contrato de trabajo de duración determinada (CDD), que en algunos supuestos (por ejemplo para el lanzamiento de nuevas actividades, contratación de trabajadores inscriptos como desempleados, práctica laboral para jóvenes y empleo-formación) se beneficiaba de estímulos públicos bajo la forma de exención total o parcial de las contribuciones patronales al régimen previsional. Paradójicamente, no se ofrecían estímulos análogos a los empresarios que tomaban trabajadores permanentes en lugar de precarios.

La reforma de 1995 se instrumentó en dos leyes, una de las cuales introdujo nuevas modalidades de contratación laboral aplicables en general, al tiempo que la otra instituía un régimen de promoción de la pequeña y mediana empresa que comprendía normas específicas sobre contratación laboral. La primera ley estableció una nueva reglamentación del trabajo a tiempo parcial y del aprendizaje, y completó el dispositivo de las contrataciones atípicas de la LNE de 1991 mediante disposiciones que en algunos casos son bastante curiosas. Por ejemplo, facilita la contratación de duración determinada con el beneficio de exención de cincuenta por ciento de las cotizaciones a la seguridad social, de trabajadores mayores de cuarenta años, discapacitados, mujeres y ex-combatientes de las Malvinas; disposición que parece sugerir que la condición femenina es una suerte de discapacidad y que al propio tiempo, por el sólo motivo del sexo priva a las mujeres que se contratan según esta modalidad de derecho a preaviso e indemnización por despido. Otra curiosidad concierne al período de prueba, que puede tener una duración de tres meses, extensible a seis en virtud de negociación colectiva. Si muchos países tienen disposiciones comparables, la de la Argentina es inédita pues añade que durante el período de prueba las partes están dispensadas de pagar cotizaciones previsionales y al Fondo Nacional de Empleo. Paradójicamente, se castiga al empleador que desea dar un empleo estable a su trabajador luego del período de prueba, pues en tal caso el coste laboral aumentará (de alrededor de catorce por ciento) debido a la incidencia de las cotizaciones de las que hasta entonces estaba exento; al tiempo que el empleador seguirá haciendo economías si despide a aquel trabajador y toma un sustituto a prueba como el primero.

La segunda reforma de 1995 tuvo por objeto establecer un régimen especial de contratación laboral en las pequeñas empresas, que se definieron como aquéllas que empleasen menos de cuarenta trabajadores y tuviesen una facturación anual inferior a un determinado tope. Con relación a estas empresas la ley admitió bastantes excepciones al régimen general del contrato de trabajo según la ley de 1976, pero en varios casos solamente a reserva de su habilitación por negociación colectiva. Estas excepciones cubren por ejemplo materias como el aviso o fijación de fecha para la licencia anual, fraccionamiento del pago de la prima anual (o aguinaldo), movilidad interna o extinción del contrato de trabajo. También redujo los requisitos exigidos para que las pequeñas empresas contratasen según las nuevas modalidades y fijó en un mes la duración del preaviso de terminación del contrato de trabajo, cualquiera fuese la antigüedad del trabajador.

A decir verdad, todo indica que estas reformas apuntaban idealmente a resultados que la realidad negó. En primer lugar, el comportamiento del empleo no mostró la buena conducta que garantizaron los progenitores de la ley, pues continuó su curva ascendente, triplicándose casi entre 1991 y 1997. Quizás ello se debió, en parte, a que la antigua LCT no era tan rígida como se había sostenido, pues y al fin y al cabo permite, mediante un preaviso y una indemnización relativamente módica, despedir a un trabajador con buena causa, sin buena causa o sin causa alguna. Otra explicación sugiere que las modalidades atípicas de contratación, permitidas por una u otra ley, fueron utilizadas esencialmente para reemplazar mano de obra permanente por mano de obra precaria, pero no para crear nuevos empleos conforme al objetivo que declaró la reforma laboral. De ahí que en lugar de haber creado nuevos empleos el efecto de estas leyes fue de precarizar los existentes, sin hablar de su contribución al desfinanciamiento de la seguridad social, debido a las exenciones con que se gratificó a quienes empleaban trabajadores precarios. No menos decepcionantes fueron los resultados de estas reformas con relación al blanqueo del trabajo no declarado, que según la Encuesta Permanente de Hogares del Instituto Nacional de Estadística y Censos, en octubre de 1997 alcanzaba al 36 por ciento de los asalariados del Gran Buenos Aires.

En momentos, se está discutiendo en la Argentina una nueva reforma laboral.

4.2.2 BRASIL

El Brasil ofrece un ejemplo, único en América latina y quizás en el mundo, de una legislación laboral de inspiración corporativa que data de los años treinta, y se ha mantenido desde entonces a pesar de todos los cambios que conocieron el mundo y el propio Brasil. La espina dorsal de la legislación laboral brasileña es la Consolidación de Leyes del Trabajo (CLT), de 1943, y que en gran medida es una codificación de las leyes del decenio anterior, bajo el Estado Novo de Gétúlio Vargas, muy inspirado en corporativismo italiano.

La metodología seguida desde entonces ha consistido en la revisión puntual de artículos o secciones de la CLT, para seguir la evolución de la legislación laboral en el mundo, sin que su espíritu general fuese afectado. Sin embargo, todo muestra que la CLT no ha podido resistir al test de la realidad, sobre todo en materia de relaciones colectivas de trabajo en donde las instituciones e interacciones de los actores tienden a seguir cauces muy distintos de los establecidos en 1943. Paradójicamente, la Constitución Federal de 1988, a pesar de estar imbuida de un espíritu totalmente opuesto al del Estado Novo mantuvo bastantes ambigüedades en materia sindical, pues por un lado abrió amplios espacios a la autonomía interna de los sindicatos, potenció a la negociación colectiva y confirió gran amplitud al derecho de huelga, mientras que por el otro revalidaba la vieja estructura sindical corporativa, que en los hechos ya tiene muy poca vigencia.

En materia de relaciones individuales de trabajo, los cambios introducidos en la CLT, como ya se dijo, fueron numerosos. Uno de los más importantes fue la promulgación, en 1966 de la ley que instituyó el Fondo de Garantía del Tiempo de Servicios, o FGTS, en virtud de la cual se confería a todo trabajador la opción entre permanecer en el régimen de empleo protegido por la estabilidad, a tenor de la CLT, o acogerse al FGTS, en cuyo caso la estabilidad desaparecía, pudiendo el empleador despedir en cualquier momento y por cualquier causa, o sin causa, sin preaviso ni indemnización. En contrapartida el trabajador adquiría un derecho cierto al pago, garantizado por el FGTS, de una prestación con motivo de la terminación de su contrato de trabajo por cualquier causa, incluyendo su propia renuncia intempestiva o el despido por su propia culpa. Con el correr de los años el régimen teóricamente optativo del FGTS se transformó en el predominante y la Constitución de 1988 consagró el derecho a la estabilidad y al fondo de garantía. En virtud de una disposición constitucional transitoria se determinó que hasta tanto no se reglamente aquel principio, en caso de despido injustificado todo trabajador tendrá derecho, además de la prestación del FGTS a un preaviso de treinta días y a una indemnización equivalente al 40 por ciento de sus fondos acumulados en el FGTS, en ambos casos a cargo del empleador.

Una segunda reforma de importancia tuvo lugar en 1974, mediante la ley núm. 6.019 que reglamentó el trabajo temporario, siendo Brasil junto con la Argentina los primeros países de América Latina que lo hicieron.

La tercera reforma fue la propia Constitución Federal de 1988, que como ya se dijo antes introdujo numerosas garantías laborales, la que en alguna medida puso un freno a buena parte de las presiones flexibilizadores.

La cuarta reforma de importancia tuvo lugar en enero de 1998. En virtud de ella se abrieron las posibilidades para que las empresas reclutasen trabajadores bajo contrato de

trabajo de duración determinada (CDD), a reserva de que para hacerlo la empresa debe ser autorizada en virtud de una negociación colectiva. El CDD debe tener una duración máxima de dos años, y a su extinción la empresa no tiene necesidad de dar un preaviso ni de pagar el 40 por ciento del FGTS que se debe en caso de despido injustificado de un trabajador bajo contrato de duración determinada (CDI).

Con objeto de evitar el abuso del CDD, la empresa no puede reclutar nuevamente al mismo trabajador mediante un CDD hasta transcurridos seis meses de la terminación del precedente; tampoco se permite que la empresa utilice el CDD con el objeto de reemplazar a sus trabajadores bajo contrato de duración indeterminada, por lo que debe utilizarse únicamente para reclutar a nuevos trabajadores por encima de la plantilla existente, calculada sobre una base semestral. Además, la negociación colectiva que habilita el recurso al CDD debe obligatoriamente contener disposiciones acerca de la indemnización a los trabajadores en caso de ruptura ante tempus.

La nueva ley establece asimismo los derechos de los trabajadores reclutados en virtud de un CDD (remuneración equivalente a los trabajadores bajo CDI que desempeñan funciones similares, derecho décimo a tercer mes, vacaciones pagadas, licencia por maternidad y protección de los representantes sindicales, lo mismo que de los miembros de las comisiones internas de prevención de accidentes). El FGTS sigue siendo depositado, pero en un porcentual del 2%. Además, el trabajador tiene derecho al seguro de paro si es despedido ante tempus, pero no cuando su contrato termina por vencimiento del plazo. Por último, la ley establece límites numéricos para los trabajadores que pueden ser reclutados mediante un CDD, los que son decrecientes de manera inversamente proporcional al número de trabajadores de la empresa: hasta 50 por ciento de la plantilla en las empresas de hasta 49 empleados, hasta un 35 por ciento adicional en las que tienen entre 50 y 199 empleados, y hasta un veinte por ciento suplementario a partir de doscientos o más trabajadores. Aclaremos que las modalidades de contratación bajo CDD previstas en la nueva ley no son excluyentes del recurso al trabajo temporal, el que fue instituido en virtud de la ley de 1974. El trabajo temporal sigue existiendo, y como siempre está limitado a la sustitución temporal de trabajadores permanentes ausentes, o para atender a un aumento excepcional del trabajo.

Otra innovación de la nueva ley es el llamado banco de horas, que es un sistema de compensación de horas extraordinarias más flexible, con objeto de que la empresa pueda ajustar la jornada de trabajo de sus empleados a sus necesidades de producción o de demanda de servicios. El banco de horas -que también debe ser habilitado mediante negociación colectiva- es un sistema que permite reducir la duración del trabajo en los períodos de poca actividad, sin reducción del salario, permaneciendo un crédito de horas a ser utilizadas en los de alta actividad, con un límite de diez horas diarias trabajadas. El sistema del banco de horas solamente se puede utilizar dentro de un período de ciento veinte días. Si el sistema comienza en un período de alta actividad se pueden entonces trabajar hasta diez horas diarias, sin pagarse las extraordinarias que quedan como crédito para el período de baja actividad. Si el contrato termina antes de que el trabajador pueda utilizar su crédito el empleador debe pagar las horas extraordinarias del período de alta actividad con las bonificaciones previstas en el convenio o el acuerdo colectivo, no pudiendo ser las mismas inferiores a 50 por ciento de la tasa normal.

4.2.3 COLOMBIA

La reforma colombiana fue precedida de largos años de debate en torno a las relaciones entre la legislación laboral y el empleo, el que se había iniciado ya en 1970, con motivo de una

misión del Programa Mundial del Empleo de la OIT. El debate se reanudó en 1985, después de la publicación de un informe sobre el empleo, preparado por un grupo de especialistas, en donde se sostenía que la legislación laboral vigente tenía efectos perjudiciales sobre el empleo. En 1990 el Gobierno designó un grupo de reflexión, con el mandato de hacer recomendaciones sobre los cambios que deberían introducirse en la legislación laboral; a la luz de ellas se preparó un proyecto de ley, que el Parlamento, luego de abrirlo a una sesión de audiencias públicas, aprobó en diciembre de 1990, como Ley no.50 .

A diferencia de una mayoría de reformas, que hicieron hincapié casi exclusivamente en las modalidades del contrato de trabajo y su régimen de terminación, la Ley 50 también incursionó en otros terrenos, como el salario, organización del tiempo de trabajo, licencia por maternidad, intermediación laboral, y organización de la empresa. También procuró resolver algunas cuestiones pendientes con la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, relativas a la aplicación del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) ; a juzgar por observaciones ulteriores de la CEACR, este objetivo se cumplió sólo a medias .

Una de las novedades importantes de la Ley 50 afectó al régimen de la llamada cesantía, que es una prestación por fin de contrato bastante corriente en América latina. En Colombia la cesantía es el derecho de todo trabajador a recibir un pago por terminación de fin de contrato – cualquiera sea su causa - igual a un mes de salario por cada año de servicios, calculado sobre la base del último salario. El derecho a la cesantía es independiente de la indemnización por despido, la que se calcula según criterios análogos pero sólo se origina en caso de despido injustificado. La cesantía había sido identificada como un coste laboral difícil de administrar, pues su monto exacto sólo se podía calcular al extinguirse una relación de trabajo que podía haber durado bastante tiempo. Uno de sus efectos secundarios era que el pasivo de las empresas aumentaba con la antigüedad de su personal, y por consiguiente aquéllas que tenían personal antiguo se veían penalizadas con respecto a aquéllas que despedían más rápidamente a sus trabajadores.

Además, al margen de un privilegio de hipotética eficacia no existía ningún dispositivo susceptible de proteger la cesantía en caso de quiebra del empleador, por lo que en muchos casos era un beneficio ilusorio. La solución de la ley 50 -que en cierta medida es comparable con el FGTS brasileño- consistió en crear un sistema de depósitos anuales, que el empleador debe efectuar en cuentas de capitalización individuales abiertas en instituciones especialmente creadas para administrar fondos de cesantía (y luego fondos de cesantías y pensiones, tras la reforma del régimen previsional en 1993). Al tiempo que el empleador se libera de su obligación de pagar la cesantía , que deposita a medida que transcurre la relación de trabajo, el trabajador tiene la casi seguridad de que el dinero de su cesantía queda al abrigo del riesgo de insolvencia de la empresa. En contrapartida, las sumas depositadas en el fondo de cesantías no se benefician del reajuste automático consecutivo a los reajustes de salario durante la relación de trabajo, pero sí de la capitalización de la cuenta.

Otra novedad de la ley 50 fue la supresión del reintegro forzoso en el empleo, que beneficiaba al trabajador despedido injustificadamente cuando contaba con diez años de servicios en su empresa. Se ha sostenido que esto no conllevará consecuencias dramáticas, pues en la práctica la protección operaba a menudo como un aliciente para el despido a partir del noveno año, para evitar que el trabajador adquiriese la antigüedad requerida. En contrapartida, la ley 50 aumentó las indemnizaciones debidas en caso de despido injustificado. Asimismo introdujo un procedimiento para controlar las suspensiones y despidos colectivos por motivos

económicos, que se inspira en el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158).

La Ley 50 también introdujo nuevas reglas en materia de contratación de duración determinada (CDD), que hasta entonces debía tener una duración mínima de un año; este plazo mínimo desapareció, a reserva de algunas salvaguardas para impedir la renovación indefinida del CDD. También se autorizó la apertura de agencias privadas de colocación, pero se reglamentó de manera bastante estricta el préstamo de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

Diversas flexibilizaciones se introdujeron en materia de duración del trabajo y de salarios. Así, se mantuvo el límite de las ocho horas diarias y 48 semanales, pero se permitió distribuir la duración semanal sobre cinco días, y por consiguiente extender la jornada diaria hasta diez horas sin bonificación por las dos suplementarias. En las nuevas empresas se permitió establecer, previo acuerdo con los trabajadores, el horario por turnos sobre la base de seis horas diarias y treinta y seis semanales, sin bonificación por horas nocturnas o en domingos y feriados. En materia de remuneración, la principal novedad fue el llamado salario integral, que permite acumular en una sola remuneración las prestaciones salariales debidas a distinto título, tales como salario de base, bonificaciones por trabajo nocturno, horas suplementarias, indemnización de fin de servicios y por despido, a la sola excepción de las vacaciones pagadas. Sin embargo, esta forma de remuneración sólo se puede convenir con aquellos trabajadores que ganan más de diez veces el salario mínimo legal, y debe incluir una bonificación de por lo menos treinta por ciento del salario tomado como referencia. En la práctica solamente debería aplicarse a los altos empleados.

La ley 50 también limitó las posibilidades en virtud de las cuales se puede declarar la unidad de empresa, que era una manera de equiparar salarios y prestaciones, y de establecer responsabilidades solidarias entre las empresas principales y sus subsidiarias. En adelante se reconoce una moratoria de hasta diez años antes de declarar la unidad de empresa, cuando la empresa principal crea filiales o subsidiarias en función de fines tales como la descentralización social, las exportaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida. Por último, mejoró las disposiciones existentes en materia de protección de la maternidad, extendiendo algunos de sus beneficios al caso de la adopción; en virtud de una disposición hasta entonces inédita en América latina se permite que una semana del descanso remunerado en caso de parto sea cedida por la trabajadora a su esposo o compañero permanente, para que éste pueda acompañarla durante el parto y en los días posteriores al mismo.

4.2.4 COSTA RICA

El Código de Trabajo de Costa Rica, que data de 1943 fue objeto de varios intentos de reforma integral, hasta ahora todos frustrados. Sin embargo, merecen destacarse dos leyes sancionadas en 1993 y en 1995, que tratan respectivamente de la libertad sindical y de la protección contra el acoso sexual.

La primera de ellas tuvo como objeto adicionar un nuevo Capítulo al Código de Trabajo, que trata de la protección de los derechos sindicales. En virtud de la misma se prohibieron cierto número de prácticas antisindicales, sancionándolas con la nulidad absoluta y se introdujo el fuero sindical en favor de los fundadores de un sindicato y de los dirigentes sindicales, quienes hasta entonces carecían de protección contra el despido injustificado. Asimismo se redujo el número de trabajadores necesarios para constituir un sindicato y se prohibió que el empresario pacte

convenios colectivos con grupos de trabajadores no sindicalizados en aquellos casos en que hubiese un sindicato en la empresa.

En virtud de la segunda de estas leyes se prohibió el acoso u hostigamiento sexual. Dicha ley estableció una definición del acoso sexual , y enumeró las conductas que pueden considerarse como sus manifestaciones. Estableció en consecuencia una política de prevención del acoso sexual, las responsabilidades del patrono que las cometiese o consintiese que sus subordinados lo hiciesen y un procedimiento de sanciones.

En febrero de 1998 el Ministro de Trabajo, mediante un instructivo o directiva acaba de introducir muy importantes elementos de flexibilidad laboral. Aún cuando inmediatamente surgieron cuestionamientos sobre su legalidad, pues mediante un acto administrativo se introducían importantes modificaciones al Código de Trabajo -y ello al parecer sin consulta previa con los interlocutores sociales- es imposible ignorar que esta directiva ministerial ha tenido como efecto relanzar en el país el tema de la flexibilidad laboral y con ello la eventual discusión sobre la reforma del Código de Trabajo.

4.2.5 CUBA

Dentro del concierto de los países latinoamericanos Cuba se presenta como un caso aparte, debido a la naturaleza de su régimen político y económico. Si con anterioridad al triunfo de la Revolución, en 1959, la legislación laboral cubana ofrecía características bastante análogas al resto de los países de la región (excepto por el hecho de no estar codificada) a partir de aquella época comenzó a adquirir contornos que la aproximaban más a los códigos de trabajo que por entonces prevalecían en los países del bloque soviético.

En 1984 el país se dotó de su primer código de trabajo , el que parte del supuesto de que existe identidad de intereses entre el Estado, único empleador, el trabajador y los sindicatos. De ahí que el contenido del Código, cuyo sesgo proteccionista del trabajador no se puede desconocer, lo aproxima más a lo que pudiera ser un Estatuto del Personal de una administración pública (inclusive por la manera detallada como se regulan el legajo o expediente personal del trabajador, las faltas disciplinarias y sus sanciones) que a las legislaciones laborales en países con economía de mercado.

De la misma manera, el código enuncia los derechos de los sindicatos, dentro de los que aparecen algunos que pueden considerarse como actividades de administración del trabajo, tales como "participar en la elaboración y ejecución de los planes estatales de desarrollo de la economía nacional" u "organizar la elección de los consejos de trabajo, velar por su funcionamiento y realizar la capacitación de sus integrantes". Pero limita sus funciones en la negociación colectiva a la suscripción de convenios en los que se precisan los derechos y las obligaciones que para la administración de la entidad laboral y para sus trabajadores genera el plan técnico económico, a fin de garantizar su cumplimiento, la calificación cultural y técnica profesional de los trabajadores y los demás aspectos previstos en la legislación laboral y de seguridad social. Los salarios, fijados centralmente por el Estado, no forman parte de la negociación colectiva. El Código tampoco contiene disposiciones sobre el derecho de huelga, ni sobre la libertad sindical.

A partir de la caída del bloque soviético, Cuba inició un período de reformas económicas, dentro del que se adoptaron medidas como la cuasi privatización de la agricultura, la despenalización de la tenencia de divisas, la apertura de 158 actividades a la iniciativa privada ,

la acogida de la inversión extranjera, generalmente bajo la forma de asociaciones con el Estado cubano, aunque también se ha admitido la venida de empresas de capital totalmente extranjero, y en fin el régimen de zonas francas. Esto obligó a introducir disposiciones relativas al empleo de trabajadores por empresas con inversión extranjera, lo que se hizo a través de la Ley No. 77, denominada Ley de la Inversión Extranjera, de fecha 5 de septiembre de 1995, además de otra ley dirigida específicamente a las zonas francas de exportación.

A tenor de estas disposiciones la empresa -salvo excepciones - debe contratar a sus trabajadores a través de una entidad empleadora, que es una organización cubana con personalidad jurídica, facultada para otorgar con una empresa mixta o de capital totalmente extranjero, un contrato mediante el cual le facilitará a su solicitud, los trabajadores de distintas calificaciones que necesita, quienes mantendrán su vínculo laboral con dicha organización. De ahí que toda la mano de obra reclutada en esas condiciones mantiene un doble vínculo, respectivamente con la entidad empleadora que jurídicamente es su empleadora, y con la empresa que llamaríamos usuaria, a la que presta su trabajo subordinado.

Un aspecto notable de esta ley consiste en que la empresa usuaria remunera a la entidad empleadora en divisas convertibles mientras que esta última paga a sus trabajadores en moneda nacional. Al margen de esta reforma conviene mencionar diversas disposiciones que han modificado el contrato de trabajo, como el Decreto No. 122, de 1990 y la Ley 142, de 1992, que entre otras disposiciones fija la duración del período de prueba en 180 días como máximo, permiten una duración del trabajo de hasta 280 horas mensuales (y en casos excepcionales de 312 horas mensuales). A la hora actual se ha comenzado a trabajar en la elaboración de un nuevo Código de Trabajo, cuya adopción se prevé para 1999. Este Código debería en particular adaptar las reglas laborales a las nuevas realidades que han surgido después de la Constitución de 1992, dentro de las que se destacan numerosas formas de organización de la producción que difieren fundamentalmente de la ortodoxia del período anterior.

4.2.6 CHILE

La revisión de la legislación laboral en Chile conoció dos etapas diferentes, respectivamente durante el régimen del general Pinochet y bajo el gobierno democrático del presidente Aylwin. Las principales reformas de la primera etapa se adoptaron en 1978 y su objeto principal fue minimizar el papel de las relaciones colectivas, y adecuar la reglamentación de las individuales al programa económico neoliberal. Tres reformas mayores tuvieron así lugar ; dos de ellas reformulaban de una manera muy profunda las relaciones colectivas de trabajo, al punto que convendría preguntarse si no estamos más bien en presencia de un régimen de relaciones plurindividuales más que de relaciones colectiva. La tercera reforma, que se presenta a continuación, modificó sustancialmente la regulación del contrato individual de trabajo.

La reforma del contrato de trabajo se centró en cuatro grandes temas: la contratación misma, el despido, la organización del trabajo y la remuneración. En primer lugar, derogó la ley de 1966 en virtud de la cual el despido sólo podía tener lugar cuando mediare una causa justificada, en ausencia de la cual el tribunal ante quien recurría el trabajador podía ordenar el reintegro en el puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos. En sustitución se permitió el llamado desahucio de la relación de trabajo, es decir el despido sin causa mediante la sola obligación de comunicar un preaviso y pagar una indemnización igual a un mes de sueldo por cada año de servicios del trabajador, con un máximo de seis meses. Además, se permitió recurrir al contrato de trabajo de duración determinada (CDD), hasta por un máximo de dos años ininterrumpidos y sin necesidad de justificarlo en una causa objetiva. En verdad el CDD se podía

prolongar indefinidamente, mediante la interrupción de la continuidad entre dos contratos de trabajo, aunque ésta fuese de breve duración.

En materia de organización del tiempo de trabajo, se permitió la individualización de los horarios mediante la fijación de un tope semanal de 48 horas, dentro del cual existía gran flexibilidad para que el empleador organizase las jornadas diarias según sus necesidades. Gracias al juego de diferentes disposiciones, la jornada diaria podía ser de hasta doce horas y a veces hasta de catorce, sin que las que excediesen de ocho fuesen pagadas como horas extraordinarias.

Paralelamente se derogaban los horarios de trabajo más favorables que beneficiaban a ciertos sectores particulares. En fin, en materia de remuneración se excluyó a los trabajadores menores de 21 años y a los mayores de 65 del beneficio del salario mínimo.

Con la instauración de un gobierno democrático, en 1990, se podía esperar, y así ocurrió, que las nuevas autoridades se mostrarían sensibles a los reclamos de los sectores obreros, muy duramente golpeados durante el régimen anterior. Si el nuevo gobierno continuó la política económica de su predecesor también anunció que había llegado el momento de promover mayor equidad social; una de sus primeras medidas fue aumentar los salarios mínimos y la siguiente fue la elaboración de varios proyectos de ley tendentes a reequilibrar las reformas de 1978. Entre diciembre de 1990 y agosto de 1991, no obstante una fuerte campaña de oposición que vaticinaba poco menos que cataclismos económicos si se adoptaba la reforma laboral, se sancionaron tres leyes, respectivamente en materia de contrato individual, de centrales sindicales y de derecho de negociación colectiva y huelga. Junto con una reforma ulterior, de 1993, estas leyes fueron fusionadas con los otros textos vigentes, y consolidadas en un código nuevo, que se publicó en enero de 1994

La nueva reforma limitó los abusos del recurso al CDD, cuya duración máxima fue reducida a doce meses ; además, cuando el trabajador hubiese prestado servicios discontinuos durante doce meses en un período de quince el CDD puede ser recalificado en contrato de duración indeterminada. Al mismo tiempo se puso fin a la facultad de terminar el contrato por desahucio, pues el despido debe tener ahora una causa justificada ; si bien es cierto que en la ausencia de causa, o si ésta no se prueba, el despido sigue siendo válido, la indemnización que ahora debe pagar el empleador fue considerablemente aumentada .

Otras innovaciones incluyeron la extensión al comercio de la prohibición del trabajo nocturno de los menores, la extensión a la hotelería y restauración de la semana de trabajo de 48 horas, y la extensión de la cobertura del salario mínimo a los trabajadores mayores de 65 años. También se mejoró la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y se estableció la responsabilidad subsidiaria del empleador principal por las obligaciones de sus contratistas con relación a los trabajadores de estos últimos.

4.2.7 ECUADOR

Quizás inspirado por la reforma colombiana, Ecuador revisó parcialmente su Código de Trabajo en 1991, mediante la adopción de la ley núm. 133. Esta reforma cubrió distintos temas, pero se centró esencialmente en el contrato de trabajo, la indemnización por despido intempestivo y las relaciones colectivas.

Con respecto al contrato de trabajo, estableció que el contrato de trabajo de duración determinada tendrá un tiempo mínimo de duración de un año, lo cual parece una disposición rígida. Sin embargo, permitió los contratos llamados eventuales, ocasionales o de temporada, que pueden tener una duración menor, ajustada a la causa que les dio origen. En materia de despido intempestivo (sin preaviso) aumentó las indemnizaciones debidas al trabajador, pues la indemnización mínima es igual a tres meses de salarios, pero las debidas en caso de despido con preaviso (desahucio) siguen siendo moderadas (aproximadamente una semana de salarios por cada año de servicios, además de la cesantía o compensación por tiempo de servicios).

Otras disposiciones contemplaron la posibilidad de celebrar contratos de aprendizaje en la industria, para la enseñanza de oficios, y derogaron la prohibición del trabajo nocturno de la mujer, lo mismo que la relativa a su contratación para trabajar fuera del país. En materia de relaciones colectivas se incluyeron nuevas disposiciones sobre negociación de contratos colectivos, el trámite de los conflictos colectivos y el ejercicio de la huelga.

Casi al mismo tiempo, por una ley aparte se regulaba en el Ecuador el contrato de trabajo de maquila, para adaptarlo a las necesidades específicas de la actividad maquiladora, que como se sabe es muy dependiente de una demanda externa a menudo imprevisible y que exige cumplimientos dentro de plazos a menudo angustiosos.

4.2.8 EL SALVADOR

La reforma del actual Código de Trabajo de El Salvador, que data de 1972, fue adoptada en 1994 sobre la base de un proyecto que la OIT había sometido a un Foro tripartito de Concertación Económica y Social en octubre del año anterior. Esta reforma permitió la ratificación por El Salvador de nada menos que catorce convenios de la OIT.

Muy inspirada en la doctrina de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de la OIT, la reforma hizo especial hincapié en las relaciones colectivas de trabajo, introduciendo numerosas disposiciones que ampliaron muy considerablemente el espacio para las relaciones colectivas autónomas.

En particular derogó las disposiciones del Código que impedían la sindicación rural, facilitó la constitución de sindicatos y limitó la injerencia de las autoridades públicas en la vida interna de los mismos. Además amplió las facultades de las federaciones y confederaciones de trabajadores, a quienes en numerosos países se niega aún el derecho de negociación colectiva; así el nuevo código especifica que las mismas tendrán los derechos que les confieran sus Estatutos.

En materia de derecho de huelga, redujo las mayorías exigidas para su declaración y dispuso de manera explícita que se presume que es legal mientras su ilegalidad no haya sido expresamente declarada, lo que debe ser materia de decisión judicial a pedido de parte interesada. Aunque las reformas que aportó en materia de relaciones individuales de trabajo son menos espectaculares que en materia de relaciones colectivas se debe destacar, dentro de ellas, la mejora de la protección de la maternidad, la eliminación de restricciones anacrónicas al trabajo de la mujer, el incremento de las indemnizaciones por despido injustificado y la incorporación de los aprendices al ámbito de aplicación del Código.

4.2.9 MÉXICO

El estudio de la flexibilización de las relaciones laborales en México se inició desde la mitad de los ochenta y se han considerado diversos aspectos en el análisis:

Primera forma.- En un primer momento el estudio de la flexibilidad tuvo que ver con la pretensión de interpretar el fenómeno sólo a la luz de razones estructurales, con importantes dosis de determinismo, y tratando de combinar variables de esta naturaleza. Se realizó investigación macro que con sus insuficiencias, aportó interesantes resultados y ayudó a voltear la vista hacia el fenómeno de la flexibilidad abriendo involuntariamente nuevas perspectivas derivadas de sus limitaciones.

Segunda forma:- Otros estudios empezaron preguntándose que entender por el concepto de flexibilidad, el espacio de la relación laboral en el que se manifiesta ésta, el papel de los actores sociales, y las particularidades que presenta en nuestro país el fenómeno.

Tercera forma:- Encontramos en esta etapa que una de las vetas que mas inquieta es el estudio particular, las expresiones sectoriales o regionales, las diferencias geográficas o de rama.

Cuarta forma.- De manera natural se pasó a los estudios de caso que han enriquecido la información empírica sobre el problema, permitiendo replantear hipótesis teóricas provenientes de los marcos teóricos globales sobre la reestructuración productiva.

Quinta forma.- Otra vertiente de estudio que se gesta paralelamente a las anteriores tiene que ver con el papel del Estado en el proceso flexibilizador, la conducta democrática o antidemocrática que se sigue, la institucionalidad o no con que se actúa.

Sexta forma.- Se realizaron también estudios que voltean a ver la flexibilidad en el nivel del marco jurídico laboral. Este nivel de análisis se entrelaza con la pretensión empresarial que pide derogar la Ley Federal del Trabajo y aprobar una mas flexible que la sustituya.

4.2.10 NICARAGUA

Nicaragua adoptó en 1996 el más reciente Código del Trabajo de América Latina, luego de un largo trámite parlamentario y un veto parcial del Poder Ejecutivo . Este Código, relativamente conciso pues sólo cuenta con 407 artículos, incluye disposiciones de orden sustantivo como procesal.

Está dividido en dos Libros, que tratan respectivamente del derecho sustantivo y del procesal. El libro primero se subdivide a su vez en trece títulos, además de un título preliminar que establece los principios fundamentales del Código. Los trece títulos del Libro Primero tratan respectivamente de las disposiciones generales (arts. 1 a 18), derecho individual del trabajo (arts. 19 a 48), jornadas de trabajo, descansos, permisos y vacaciones (arts. 49 a 80), salario (arts. 81 a 99), higiene y seguridad ocupacionales y riesgos profesionales (arts. 100 a 129), trabajo de los niños, niñas y adolescentes (arts. 130 a 137), trabajo de las mujeres (arts 138 a 144), regímenes especiales (arts. 145 a 202), relaciones colectivas de trabajo (arts 203 a 252), derecho de gestión de los trabajadores, con un sólo artículo , disciplina laboral (arts. 254 y 255), y prescripción (arts. 256 a 262). El Libro Segundo, de Derecho Procesal, trata en sus primeros cinco títulos de la judicatura del trabajo y los procedimientos laborales. El título sexto regula

minuciosamente los procedimientos en caso de conflictos colectivos, confiriendo bastante latitud para el arbitraje obligatorio.

Se trata pues de un código de corte clásico, en el que predominan las disposiciones dirigidas a proteger al trabajador. Sin embargo, también contiene bastantes disposiciones que tienen en cuenta las necesidades de la empresa, como la posibilidad de suspender las labores por motivos económicos o técnicos, o por falta de materia prima, o la facultad de contratar trabajadores mediante un contrato a plazo determinado, sin mínimos ni máximos, excepto por la limitación de que sólo puede ser prorrogado dos veces.

A su vez la indemnización por despido injustificado está limitada a un mes de salarios por cada uno de los primeros tres meses de trabajo y a veinte días por los siguientes, con un tope máximo de cinco meses de salarios, que por lo tanto es uno de los más bajos de América Latina. Tampoco tiene el empleador la obligación de dar preaviso en caso de terminación del contrato, pero sí lo debe dar el trabajador, siendo su plazo de quince días.

El reintegro del trabajador despedido injustificadamente es excepcional, limitado a los despidos en violación de las disposiciones prohibitivas del código, o cuando constituya un acto que restrinja el derecho del trabajador o tenga carácter de represalia por haber ejercido o intentado ejercer sus derechos laborales o sindicales. Aún así el empleador podrá liberarse de la obligación de reintegrar al trabajador, pagándole una indemnización igual a la que le debe por antigüedad. Señalemos por último que, en contraste con las reformas de Colombia o Panamá, la movilidad del trabajador está bastante limitada en el nuevo código.

4.2.11 PANAMÁ

Producto de un régimen militar en búsqueda de apoyo popular, el Código panameño de 1971, como ya se dijo, fue un paradigma de la legislación laboral garantista de América latina. Acusado de imponer costes excesivos y rigidices importantes a la gestión de la mano de obra, su entrada en vigor precedió sólo en algunos meses a la recesión internacional consecutiva a la crisis petrolera de octubre de 1973, a la que un país como Panamá no podía sino ser muy sensible. El Código sufrió una fuerte ofensiva del sector privado, y a menudo también fue terreno de enfrentamiento político.

Desde entonces hasta la fecha en que este artículo se completaba (abril de 1996), sufrió por lo menos seis revisiones, las que al compás de los vaivenes políticos mermaban a veces sus niveles de protección, al tiempo que otras los restablecían. Los rasgos principales de estas revisiones se pueden resumir como sigue:

La primera revisión (en virtud de la ley no. 95 de diciembre de 1976) suspendió por dos años la negociación colectiva y ofreció a las nuevas empresas un período de gracia de dos años antes de que estuviesen obligadas a negociar un convenio colectivo. También puso en manos del empleador la elección entre reintegrar o no a un trabajador cuyo despido hubiese sido declarado injustificado por una junta de conciliación y decisión (elección que antes incumbía al trabajador).

La siguiente revisión, de 1981, derogó la ley de 1976, pero no retornó completamente al régimen del Código. Si bien restableció el derecho del trabajador a la reintegración en el empleo, la reforma aceptó un número relativamente importante de excepciones, en particular en favor de las pequeñas empresas y de las empresas de zonas industriales para la exportación; además,

facultó a las juntas de conciliación y decisión para disponer una indemnización en vez de la reintegración, si juzgaban que ésta no era una solución practicable, en particular cuando se trataba de trabajadores de confianza o de empleados cuyas funciones les obligaban a estar en contacto permanente y directo con el empleador.

A diferencia de las leyes de 1976 y de 1981, que trataban casi exclusivamente en la negociación colectiva y el despido, la revisión de 1986 abordó diversos temas . Esta reforma introdujo disposiciones particulares en favor de las pequeñas empresas, las empresas agrícolas y las empresas industriales de zonas francas, sobre todo en materia de trabajo en horas extraordinarias. Asimismo, extendió a tres meses la duración del período de prueba (antes de dos semanas) y excluyó a los trabajadores a domicilio del campo de aplicación del Código de Trabajo, declarando que los mismos no son trabajadores. En contrapartida, estableció una prima de antigüedad, análoga a la ya mencionada cesantía, pero calculada sobre la base de una semana de salario por cada año de servicios, y sólo en beneficio de los trabajadores que contasen con diez años de servicios o más.

Una ulterior flexibilización tuvo lugar en 1992, con la adopción de una ley sobre zonas francas , que autorizó el recurso al contrato de trabajo de duración determinada hasta por 3 años, incluyendo sus renovaciones. Introdujo asimismo diversas reglas para facilitar la movilidad funcional y especificó que las primas de producción y otras bonificaciones que el trabajador recibe por su trabajo no forman parte del salario, y no deben ser tomadas en cuenta para el pago de cotizaciones a la seguridad social, décimo tercer mes y otras prestaciones diversas.

La quinta revisión, de enero de 1993 , restableció las negociaciones colectivas, suspendidas durante algún tiempo debido a la crisis suscitada por las sanciones impuestas por el Gobierno de los Estados Unidos a la dictadura del general Noriega; además autorizó el agency shop en favor de los sindicatos titulares de una convención colectiva y permitió la apertura de agencias privadas de colocación.

En fin, la reforma de mayor alcance tuvo lugar en 1995, en virtud de la ley no. 44, de 12 de agosto, que en una medida importante fue negociada por el Estado con los interlocutores sociales.

Desde su primer artículo esta ley muestra el cambio de óptica de la legislación laboral panameña: mientras que el Código de 1971 declaraba que su propósito era fijar una especial protección estatal en favor de los trabajadores, la ley de 1995 añadió que busca procurar al capital una compensación equitativa por su inversión.

Consecuentemente, las flexibilizaciones que introdujo en favor del empleador alternan con reglas en favor de los trabajadores, algunas de las cuales también persiguieron el propósito de responder a observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT, debido a su incompatibilidad con algunos convenios de la OIT ratificados por Panamá.

La reforma introdujo nuevas reglas sobre contratación de duración determinada, despido, movilidad funcional, vacaciones, licencia por maternidad y derechos sindicales. Una de sus principales medidas fue la extensión de la prima de antigüedad a todo trabajador, cualquiera sea su tiempo de servicios. Esta prima se debe depositar en una cuenta especial, que también garantiza eventualmente las indemnizaciones por despido injustificado. En contrapartida, se simplificó la escala de indemnizaciones debidas en caso de despido injustificado y se limitaron las indemnizaciones a que el trabajador puede tener derecho a título de salarios caídos cuando

su despido hubiese sido declarar improcedente por el tribunal competente. También se introdujeron reglas para facilitar los contratos de trabajo de duración determinada (hasta por dos años), durante el primer año de existencia de la empresa o cuando una empresa existente se lanzase en nuevas actividades; en contrapartida se limitó la utilización abusiva del período de prueba.

En materia de movilidad funcional, muy restringida por el Código de 1971, se introdujeron numerosas flexibilizaciones, a reserva que ello no conlleve disminución de la remuneración o perjuicios materiales o morales en desmedro del trabajador. En diversos casos, se exige además el acuerdo del sindicato. En fin, a tono con la época, la reforma de 1995 introdujo la prohibición de los actos de acoso sexual.

4.2.12. PARAGUAY

El nuevo Código del Trabajo del Paraguay fue resultado de un proceso que conoció diversas vicisitudes, incluyendo una fuerte campaña de oposición y un litigio entre el Gobierno y el Parlamento, que se resolvió con la primacía de este último. Aunque es de una estructura muy similar al Código anterior, de 1961, el nuevo Código se caracteriza por una notable apertura en materia sindical -si se lo compara con el anterior- que es el terreno en el que aportó las principales innovaciones. En materia individual los cambios fueron quizás de menor alcance, pero entre ellos figuran la extensión de su campo de aplicación a los trabajadores de empresas del Estado y a otros grupos hasta entonces excluidos, como los maestros de instituciones privadas y deportistas profesionales.

Otros cambios incluyen un incremento de las vacaciones pagadas y un mejoramiento de las indemnizaciones debidas en caso de despido injustificado, cuyo tope de cualquier manera sigue siendo inferior a lo que es corriente en una mayoría países de América latina. En 1995 fue objeto de una revisión parcial, en la que se introdujeron diversas precisiones terminológicas y se modificaron algunas de sus disposiciones relativas a libertad sindical, estabilidad sindical, inscripción de los sindicatos y huelga.

4.2.13 VENEZUELA

La Ley Orgánica del Trabajo (LOT) fue promulgada a finales de 1990 luego de un trámite que se había iniciado cinco años antes, con un Anteproyecto que el entonces Senador vitalicio (y posteriormente Presidente de la República) Rafael Caldera sometió al Parlamento de dicho país.

Dos conocidos especialistas de la legislación laboral venezolana destacaron que uno de sus mayores méritos consistió en que sistematizó y dio tratamiento coherente a la reglamentación hasta entonces vigente, la que además de la Ley de 1936 y su reglamento de 1973 estaba dispersa en numerosas leyes especiales, y había sido enriquecida por numerosos aportes de la doctrina, jurisprudencia y negociación colectiva que no habían encontrado expresión legislativa. Los mismos autores clasificaron las disposiciones sustantivas de la LOT en cuatro grupos, a saber el de las disposiciones rígidas de la legislación anterior que se mantenían en la nueva, en número de dieciocho ; el de las nuevas manifestaciones de rigidez, en número de diecinueve, el de las manifestaciones tradicionales de flexibilidad, que se mantienen en la LOT, dentro de las que distinguieron cinco , y el de las nuevas manifestaciones de flexibilidad, en número de diecisiete.

Dentro de éstas últimas destacaron la eliminación de la llamada estabilidad numérica de la legislación anterior, en virtud de la cual todo empleador que procedía a un despido injustificado estaba obligado a contratar a un nuevo trabajador en el puesto de aquél que había sido despedido, y a pagarle el mismo salario; pero quizás la flexibilización más importante es la que permite que por acuerdo entre el empleador y los trabajadores se modifique la jornada de trabajo, siempre que el total de horas trabajadas no exceda en promedio de cuarenta y cuatro por semana dentro de un período de ocho semanas. Aparte de estas flexibilizaciones, como ya se dijo la LOT mantuvo y profundizó el sesgo protector de la legislación hasta entonces vigente.

En 1997 la LOT fue revisada, tras una ardua negociación tripartita, que culminó en el llamado Acuerdo Tripartito sobre seguridad social integral y política salarial (ATSSI). Esta reforma estuvo centrada en cuestiones salariales y en el régimen de prestaciones e indemnizaciones con motivo de terminación del contrato de trabajo por despidos injustificados, las que se abarataron mediante la introducción de un tope. Conviene recordar que en Venezuela el trabajador tiene derecho, con motivo de la terminación de su contrato, a una prestación por antigüedad como derecho adquirido, y a una indemnización por despido si el contrato termina por su despido injustificado o por despido indirecto.

Hasta la reforma la prestación por antigüedad consistía en un crédito que permanecía en la empresa y sólo se podía reclamar al término del contrato de trabajo, con el inconveniente de que aumentaba automáticamente cada vez que los salarios eran aumentados, pues se calculaba sobre la base del último salario. Esto acrecentaba los pasivos de las empresas cuanto mayor era la antigüedad del trabajador. Además la prestación corría el riesgo de perderse en caso de quiebra de la empresa, si sus activos no alcanzaban para pagarla, lo que es muy frecuente. Con la nueva ley la prestación por antigüedad se modificó, pasando a ser de 45 días de salarios por el primer año trabajado y de sesenta por los posteriores; además se introdujo una prestación adicional, de dos días de salario por cada año de servicios a partir de la entrada en vigor de la ley, hasta un tope de treinta días. En contrapartida ya no se toma como base el último salario, sino el que se ha devengado en el mes respectivo. Por otra parte, la prestación ya no se acredita necesariamente en la contabilidad de la empresa, sino en un fideicomiso individual, a nombre del trabajador, o en un fondo de prestaciones por antigüedad, devengando intereses que son capitalizados mensualmente.

Si bien, en principio, el trabajador sólo dispone de su prestación al término de su relación de trabajo, puede recibir anticipos a cuenta de la misma (hasta un 75 por ciento) para atender obligaciones en materia de vivienda, salud o educación. Con respecto a la indemnización por despido injustificado, se establece un tope de ciento cincuenta días de salarios, más los salarios caídos hasta el momento del pago efectivo de la indemnización. Esta indemnización no se paga (pero sí los salarios caídos) cuando el trabajador aceptase reenganchar al trabajador que ha despedido injustificadamente.

Por último la ley estableció un régimen transitorio para los trabajadores en servicio en el momento de su entrada en vigencia y fijó un nuevo salario mínimo (equivalente a 140 dólares en el momento de su promulgación), el que debe ser reajustado anualmente a propuesta de una comisión tripartita.

CAPÍTULO V

PAPEL PROTAGÓNICO DEL MOVIMIENTO SINDICAL FRENTE AL DESAFÍO NEOLIBERAL

5.1 INTRODUCCIÓN

La estrategia y respuesta sindical en materia de flexibilidad resulta difícil de valorar al responder a diversos elementos y a ópticas de presión diferentes. En efecto, mientras que en países con una alta apertura flexibilizadora, como Perú, algunas directivas sindicales ensayaban incorporar nuevos temas a la negociación desde una perspectiva organizativa novedosa,⁷⁰ y sin perjuicio de que las empresas las hayan ignorado en la práctica, la mayor parte de las organizaciones sindicales manifiestan una absoluta desconfianza a introducir nuevos temas en los pliegos, bien por miedo a salir perjudicados en el conjunto de los derechos (estudio colombiano), bien por una visión creciente de que en la actualidad es más difícil negociar y que los interlocutores son más intransigentes (estudio de Ecuador).

En Ecuador, por ejemplo, el sindicato busca plantear la negociación desde un criterio de lucha "a la defensiva" y de obtención de más valor (más ventajas materiales), lo que choca de frente con la postura empresarial de redefinir las relaciones laborales a través del recorte de los derechos y la mejora de la productividad. Dichas posturas, radicales y enconadas impiden cualquier tipo de progreso en el diálogo sobre la posible flexibilidad. En tal sentido, la negociación sobre esta última es descartada de forma radical por el sindicato, lo que dificulta no sólo la negociación global sino el propio empleo individual. No obstante los escasos ejemplos donde se negoció sobre productividad (sector automotriz) han sido considerados como ventajosos por ambas partes y han generado mantenimiento del empleo.

Las diferentes muestras realizadas señalan que algunas empresas multinacionales, fuera del marco de la negociación consultan con las organizaciones sindicales la posibilidad de introducir nuevos regímenes de jornada y rotación de personal (Good Year y Nestlé en Perú por ejemplo), concluyendo acuerdos extra convencionales que se aplican por decisión unilateral del empleador, pero tras un proceso de intercambio con el sindicato.

Por lo general, la dirigencia sindical no logra elaborar una respuesta a los cambios introducidos por la empresa, tanto por la rapidez con que se incorporan, como por la novedad y la falta de preparación para afrontar estos nuevos tipos de reivindicaciones. La práctica colombiana de obstrucción a través del contra pliego aplicada en diferentes ocasiones tampoco parece aportar nuevas soluciones.

Las dificultades sindicales para incorporar nuevos temas a la negociación se ordenan en varios niveles, que van desde la escasa receptividad de los empleadores a la falta de información y conocimientos sobre nuevas tecnologías. El efecto, sin embargo, es homogéneo: ausencia de nuevos temas en los convenios colectivos que busquen regular y paliar los efectos de la flexibilidad.

⁷⁰ El ejemplo de la empresa Backus y Johnston cuyo pliego de reclamos incluye propuestas relativas a organización de la producción, capacitación técnica entre otras o FENUTSA que alcanzó varias propuestas de reestructuración integral del sector salud, con nuevas categorías ocupacionales, son significativos.

En efecto, los sindicatos iniciaron la denuncia de la flexibilización (a la que entonces denominaron precarización) en la década de los 70, cuando las primeras políticas de empleo flexible empezaron a hacer su aparición en la región, aunque esta denuncia no puede haberse considerado como una verdadera prioridad. En la práctica, la respuesta de las organizaciones sindicales ha sido mucho menos estructurada que la que se ha venido extendiendo, a este respecto, en Europa.

La lucha sindical se ha concentrado en la defensa de los derechos adquiridos de los afiliados, sin generar una posición activa y solidaria en la defensa del empleo en períodos de crisis. No obstante, esta posición conservadora no hace sino poner en evidencia la actitud reticente de las empresas a discutir las nuevas formas de regulación y la falta de interés del Estado.⁷¹

Los sindicatos se oponen a la flexibilización, aunque las posturas de las organizaciones sindicales (en su núcleo central compuestas por trabajadores permanentes) no han venido conciliando hasta ahora equitativamente las reivindicaciones de los trabajadores sujetos a modalidad, con las de los que podríamos calificar de tradicionales. No obstante, comprobando el crecimiento considerable del porcentaje de trabajadores no permanentes, son cada vez más el número de organizaciones sindicales que engloban sus propuestas y que las convierten en punto central.

No puede por tanto hablarse de una estrategia sindical sobre la flexibilización. De hecho, salvo en sectores muy específicos como por ejemplo el petróleo en el Perú, la flexibilización actual del empleo ha sido entendida como algo sectorial y no general o nacional, concentrándose las reivindicaciones en la cuestión salarial. Sin embargo, la propuesta de los sindicatos tendería a concretarse, en la mayor parte de los países, en el planteamiento de un pliego de peticiones por sector, aunque esta postura cuenta con ciertas dificultades prácticas que nacen de la heterogeneidad y debilidad sindical.

Sin duda la mejora de la fuerza negociadora de los sindicatos es condición *sine qua non* para que éstos cambien sustancialmente de posición ante la flexibilidad. El temor, no sin fundamento, a que los nuevos métodos organizativos lleven a una intensificación del trabajo, y que incluso puedan ser utilizados con fines de represión sindical, debe ser afrontado con una política organizativa clara y con un marco legal adecuado que permita controlar los abusos.

Esta afirmación, la comprobaremos a lo largo de este capítulo, aunque inicialmente, señalaremos la crisis que en Latinoamérica presenta el sindicalismo.

5.2 CRISIS DEL SINDICALISMO LATINOAMERICANO

Sin duda los principales problemas que hoy enfrenta Latinoamérica tienen estrecha relación con la persistencia y -en algunos casos- agravamiento de la crisis económica y de la deuda externa voluminosa y creciente. Las políticas seguidas para disminuir la inflación y la recesión, facilitar el crecimiento y ajustar y pagar la deuda y sus elevados intereses han producido variados efectos. Entre los de carácter laboral destacan los derivados de flexibilizaciones "derogatorias" que tienen lugar junto con políticas salariales restrictivas y disminuciones drásticas del gasto público.

⁷¹ En la práctica, mientras que en Europa se habla de una reforma del mercado de trabajo, en los países andinos el debate es simplemente sobre la desregulación.

Todo ello tiene lugar en sociedades con elevados índices de desempleo y subempleo y con serios signos de recesión y decrecientes niveles de ingreso y que, además, experimentan grandes dificultades de acceso al mercado internacional por la existencia de políticas proteccionistas y soportan fuertes desequilibrios en su balanza de pagos como resultado de la disminución de los precios de sus productos básicos.

En muchos casos dichas sociedades también presentan grandes disparidades en la distribución de la riqueza y de los ingresos. Paralelamente en muchos países este cuadro económico-social tiene como marco político a sistemas democráticos recientemente recuperados o en pleno proceso de consolidación.

La tendencia a flexibilizar las relaciones de trabajo, suprimiendo o disminuyendo la presencia de normas legales reguladoras, parece obedecer a diversas finalidades, entre las que se destacan las de favorecer la creación de empleo al estimularse la contratación de personal mediante la imposición de menores obligaciones y controles; atraer y retener la inversión nacional y extranjera al tomar menos costoso el trabajo; favorecer la ubicación de *enclaves* productivos en territorio nacional y estimular el comercio de exportación, al facilitar la existencia de costos y exigencias laborales menores que las de otros países, para adquirir de tal manera *ventajas comparativas* que estimulen las exportaciones, generen mayor entrada de divisas y mejoren la balanza de pagos.

Esta tendencia a la flexibilización responde a dos fundamentaciones, una de carácter económico y otra de naturaleza laboral. Desde un punto de vista económico hay quienes sostienen que se debe liberar a las relaciones de trabajo de las normas e instituciones que limitan la libre contratación y determinación de las condiciones de empleo y salario. De esta forma se estarían eliminando rigideces y tornando más "transparente" el sistema de contratación. Desde una perspectiva laboral se sostiene que en los tiempos actuales el derecho del trabajo debe cumplir principalmente un papel *de promoción del empleo aunque ello signifique* la disminución y debilitamiento de sus objetivos de protección del trabajo y del trabajador. Se sostiene que en la medida en que el derecho del trabajo continúe preocupándose fundamentalmente solo de los que trabajan, se transformará en un derecho utilista, contribuyendo así agravar la situación crítica de desempleo y subempleo hoy existente:

En otros términos, generalmente flexibilizar significa desproteger. Tal sería parte del -costo social" que habría que pagar para alcanzar mejores niveles de desarrollo y empleo, dominar las tendencias inflacionarias y superar la actual recesión.

La tendencia flexibilizadora en América Latina no ha consistido solo en una facilidad para acomodarse a las nuevas exigencias del desarrollo y la economía. Mas bien ha asumido habitualmente la forma de una derogación de los derechos existentes. Por ello resulta apropiado denominarla *flexibilización derogatoria** por cuanto anula, disminuye y deteriora derechos preexistentes en materia de trabajo.

Esta modalidad: flexibilizadora no ha tenido lugar mediante la adopción de nueva legislación, salvo los casos de Chile (desde 1973} y Panamá (1986). Tampoco ella es el producto de acuerdos bilaterales o tripartitos adoptados como resultado de procesos de concertación social.

La flexibilización derogatoria se produce fundamentalmente por la no acción de la legislación vigente. Ello es, por lo menos,, tolerado por las autoridades encargadas de vigilar su

aplicación, ya que estiman tal hecho como un mal menor si se le compara con la total ausencia de empleo e ingresos: el tamaño cada vez mayor del llamado sector informal no sólo es considerado como un paliativo al desempleo sino que también como un camino alternativo de desarrollo. ***A su vez son ahora menores las posibilidades de acciones sindicales encaminadas a impedir tal flexibilización derogatoria: los cambios substanciales en la estructura y composición de la fuerza de trabajo han conducido a un replanteamiento de la organización y funciones de los sindicatos ante la disminución creciente de los clásicos trabajadores dependientes y asalariados ocupados en el sector industrial y moderno de la economía.***

De lo expresado parece posible sostener que en América Latina la flexibilización no es un proceso institucional ni formal y no está normado legal o convencionalmente. Ella es mas un hecho que un derecho.

Sin embargo, este panorama se ve acentuado al hecho de que las organizaciones sindicales comenzaron a atravesar grandes cambios que han minado su fuerza. El modelo económico trajo aparejado una serie de políticas de ajustes, como políticas salariales que con el fin de contener la inflación, previa a la negociación contractual, han estado regidas por pactos económicos; recortes en el presupuesto social, así como, la política del Gobierno en conducir a una economía rotundamente capitalista y conservadora, que favorece los intereses de bancos y empresas y genera jurisdicciones en contra de los trabajadores y sindicatos independientes.⁷²

En efecto, ***los sindicatos también han sido afectados por la llamada reestructuración productiva, entendida ésta como la modernización de la tecnología, la organización del trabajo, las relaciones laborales, la calificación de las y los trabajadores y todo lo que hoy llamamos cultura laboral.***⁷³

5.2.1 PROBLEMAS Y RETOS DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES CON RELACIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LAS NUEVAS NECESIDADES EN UN CONTEXTO DE CRISIS. LA REVISIÓN Y EL CAMBIO. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO BASE DE UNA VERDADERA CONCERTACIÓN.

Desde el inicio de ésta década, los sindicatos en América Latina se encuentran atravesando por un período de transición, de búsqueda de nueva identidad, originado por los cambios en las políticas económicas, el nuevo papel estado y otra serie de factores de orden histórico y político. Las organizaciones sindicales afrontan hoy «un cambio de época» que desplaza las pautas de conducta, los valores, los sistemas y las formas de convivencia que emergieron con la revolución industrial. Este proceso en curso, diversifica y trasforma profundamente las clases y sectores sociales sobre las cuales se había construido el sindicalismo, afectando a la naturaleza de sus demandas.

En los últimos veinte años, las innovaciones tecnológicas, incorporadas a todas los sectores económicos, originaron claros cambios en los conceptos de organización del trabajo y de la producción, teniendo consecuencias sobre el nivel y la naturaleza del empleo.

⁷² Cfr. GONZÁLEZ NICOLÁS, Inés. "PARTICIPACIÓN SINDICAL DE LAS TRABAJADORAS EN MÉXICO". En: *El trabajo entre la exclusión y el mercado: análisis y perspectivas*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas – Venezuela, 2003, Pág. 142.

⁷³ Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "CONSTITUCIÓN Y LIBERTAD SINDICAL". En: *Trabajo y constitución*, Editorial Cuzco, Lima – Perú, 1989, Pág. 158.

A éstos se añadió la profunda crisis económica que, en la década de los ochenta, provocó altas tasas de desempleo, en particular en el sector industrial, pilar fundamental hasta entonces del movimiento sindical. Sin embargo, de forma paralela, el crecimiento de otros sectores en las que hasta entonces no existían sindicatos o en donde su desarrollo era frágil (servicios, sector financiero, comercio, turismo, etc.) generó grupos de trabajadores con características y demandas diversas del clásico sindicato de industria y, en importante proporción, no cubiertos por la negociación colectiva.

Estos conceptos están presentes y se expanden, aún hoy, en América Latina y es tarea de los sindicatos enfrentarlos, para poder, no sólo responder a los cambios estructurales en curso, sino también al clima de crisis económica.

La negociación colectiva se convierte por ello, en una pieza clave para sustentar el desarrollo sindical, para garantizar el progreso y determinar elementos básicos que permitan el cambio con equidad y sustento y que ponga los frutos del desarrollo al servicio de las más amplias mayorías.

- **Los elementos externos que afectan los procesos de negociación**

Los sindicatos son (como se mencionó) en los cinco países andinos las partes legitimadas para negociar en nombre de los trabajadores. Sin embargo, las recientes evoluciones en los distintos ámbitos en que éstos se desenvuelven hacen aparecer ante ellos numerosas cuestiones, dilemas y retos.

Así, las reformas en las legislaciones laborales, fuertemente vinculadas a una mayor apertura económica y al proceso de globalización -con los consecuentes avances en el terreno de la flexibilidad laboral, y la disminución del papel del estado como regulador y suministrador de bienes y servicios-, han tenido, sin duda, un gran impacto en su "modus operandi". A su vez, las transformaciones políticas, sociales y económicas han servido también para complicar su función y su papel en los distintos planos de acción. De forma paralela, las empresas han generado posturas fuertes fundadas en el ahorro y en el recorte de los costos (y en la continua espada de Damocles de la reducción de efectivos humanos) que han hecho muy difícil a los trabajadores maniobrar en condiciones de igualdad..

En la práctica, las consecuencias de dichas transformaciones se han hecho sentir, y el temor a hacer valer las reivindicaciones laborales en un mundo con altos índices de desempleo, se ha convertido en generalizado; el miedo a perder su medio de subsistencia ha impedido "de facto" que los trabajadores protesten contra los bajos salarios y las malas condiciones de trabajo. De hecho, con frecuencia se escucha que desde 1980 no se han conseguido grandes reivindicaciones obreras, lo que se debe en esencia, a dichos temores y a la falta de dinamismo de las organizaciones sindicales en este contexto adverso y de crisis.

A. Cambios normativos

Los cinco estudios nacionales demuestran que la democracia política es indispensable para garantizar los derechos sindicales, pero que no es suficiente por sí misma. Dicho de otro modo, su advenimiento no significa el respeto automático de las normas del trabajo. Las violaciones de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva se cometen, de hecho, de manera más sutil y velada.

Así, si bien los países andinos son formalmente democracias, el Perú posee en la actualidad el mayor número de quejas en la región por violación a los convenios 87 y 98, relativos a la libertad sindical y a la negociación colectiva respectivamente. Por su parte, en Bolivia, el estado de sitio ha sido un recurso al cual se acude con frecuencia cada vez que la COB presenta su pliego de peticiones, confinando a sus irigentes a zonas inhóspitas. Más grave aún, en Colombia, los trabajadores son asesinados, constituyéndose en el país con más alto número de sindicalistas muertos y exiliados en otros países para proteger sus vidas.

La OIT ha llamado la atención sobre el hecho de que un clima de violencia, constituye un grave obstáculo para el ejercicio de los derechos sindicales y que tales actos exigen severas medidas por parte de las autoridades. Por ello, ha reiterado que los derechos sindicales solo pueden ejercerse en un clima desprovisto de violencia, y de presiones o de amenazas de toda índole contra sus organizaciones, y que incumbe a los gobiernos garantizar el respeto de este principio.

Con excepción de Bolivia, todos los países de la región andina han reformado desde 1990 sus legislaciones laborales con el objetivo declarado de adaptarlas a las transformaciones sociales y económicas. Sin embargo, la práctica muestra que lo que se pretende a menudo a través de dichas modificaciones es desarticular y limitar la capacidad de expresión del sindicalismo como actor social y reconocerle sólo el papel de interlocutor respecto a intereses particulares de carácter económico, ligados a la situación específica de cada empresa. Han sido precisamente algunos sectores próximos a la empresa los que han desatado una fuerte lucha política por modificar el marco institucional, argumentando que éste genera en su aplicación situaciones que dificultan la modernización productiva de las empresas, y promoviendo de forma paralela la promulgación de normas que limitan la posibilidad de intervención del sindicato en el proceso de modernización.

Asimismo, las estructuras institucionales restringen cada vez más la acción de los sindicatos, ya que imponen demasiadas trabas o les obligan a organizarse en un sentido opuesto al de la estructura económica general. Por ejemplo, no cabe esperar que el movimiento sindical sea sólido cuando la legislación favorece ante todo la constitución de sindicatos en el ámbito de empresa con mas de 20 trabajadores, a pesar que la producción está estructurada fundamentalmente con base a pequeñas empresas con menos de 20. Así, la amplia mayoría de los trabajadores de los países andinos no pueden ejercer el derecho a organizarse y en consecuencia a negociar colectivamente, a pesar que ambos derechos están contemplados en las leyes y constituciones de los estados andinos.

Es evidente que ésta situación debe modificarse sustancialmente a medida que se profundicen las democracias en éstos países andinos. En este sentido son esperanzadores los actuales procesos de diálogo que se están desarrollando en Venezuela (acuerdo tripartito), Colombia (pacto social y comisión tripartita), Ecuador (mesas de concertación) y Bolivia (acuerdo tripartito de Santa Cruz). Perú, es la única excepción en este sentido, a pesar que existen incipientes esfuerzos para iniciar un diálogo entre organizaciones sindicales y empresarios.

B. Cambios económicos

La actuación de los sindicatos está fuertemente condicionada por la apertura que deben efectuar las economías de los países andinos para insertarse en el mercado internacional, colocándoles, por tanto, en un contexto que trasciende fronteras y que les obliga a adecuar

permanentemente las condiciones internas a la evolución de las condiciones externas de producción y distribución. De otra parte, la reactivación del mercado común andino, los acuerdos de libre comercio y el surgimiento de otros mercados comunes en Latinoamérica (MERCOSUR, TLC) llevan a los sindicatos de cada país involucrado a ajustar sus propuestas y reivindicaciones a la marcha de los mismos.

Aspectos tales como el costo de la mano de obra, los niveles de protección social, la seguridad social y la salud y el bienestar de los trabajadores, ya no constituyen fines en sí mismos que puedan ser vistos, como en el pasado, en función de los logros internos de la industrialización. En la actualidad, según se afirma, el crecimiento depende de ser competitivos en el ámbito mundial y nacional, de captar inversión extranjera para suplir la falta de recursos internos para la inversión, así como de la manera en que sean incorporados por las empresas transnacionales en sus procesos de globalización económica; en suma, los países tienden a ser calibrados en función de cómo favorecen y promueven los procesos citados.

El nuevo modelo de desarrollo tiende a operar fuera de todo marco tradicional de relaciones políticas, por lo que aparentemente hay una debilidad en la unión de los procedimientos económicos y el sistema político. De hecho, la aplicación de medidas neoliberales (que conllevan un nuevo modelo económico y nuevas propuestas de organización del trabajo) ha aumentado el deterioro del nivel de vida de los trabajadores, ya que provocan una mayor dificultad para poder establecer la conexión entre el aumento de la productividad de las economías andinas con la distribución de los beneficios del crecimiento económico.

Todo ello va perfilando de manera nítida el nuevo ámbito en que se comienza a desarrollar la negociación, y que rebasa el esquema sindical tradicional de distribución de la riqueza social, sustentado en la articulación del crecimiento de la economía, con el nivel de salarios y la tasa de inflación registrada.

En este complejo contexto de cambios económicos, se hace cada vez más difícil para las organizaciones sindicales lograr aumentos salariales y nuevas y mejores condiciones de trabajo y de vida, no siendo así capaces de satisfacer las demandas de sus bases.

El resultado final es una progresiva baja en los niveles de afiliación y de representatividad; el surgimiento de grupos de trabajadores que negocian individualmente o corporativamente, al margen de los sindicatos; el descrédito del sindicato, cuando no el desarrollo de formas organizativas propiciadas por los mismos intereses patronales que fomentan el individualismo y el progresivo aumento de las relaciones personales, en desmedro de la organización laboral.

En este mismo contexto, desde 1990, los países andinos han privatizado sus principales y mayores empresas afectando directamente el desarrollo de las organizaciones sindicales. El carácter estratégico de muchas empresas públicas (siderúrgica, petroquímica, ferrocarriles, teléfonos, etc.) y la fortaleza de sus sindicatos permitió en otras décadas negociar importantes beneficios económicos y de servicio, que incrementaban indirectamente el poder adquisitivo. Por la magnitud de los logros alcanzados, esos términos de contratación sirvieron de referencia tanto a empresas como a sindicatos de otros sectores productivos para sentar las bases o la plataforma mínima de negociación.

Los procesos de privatización, por el contrario, coadyuvaron en los países andinos a la "precarización" del empleo (condiciones económicas, contratos, etc.), convirtiéndose en un factor importante para la modificación del marco institucional de las relaciones laborales, en especial si se considera que las empresas del estado reflejaban de manera nítida la política laboral que el mismo impulsaba. Así, tan pronto como se privatiza una empresa estatal, desaparece el parámetro de evaluación de los compromisos que este estaba dispuesto asumir con los sindicatos. Asimismo, como consecuencia de las privatizaciones y de los despidos provocados por la reestructuración, se ha ido contrayendo el sector público, espacio en que los sindicatos eran poderosos. El caso de PETROPERU resulta revelador, ya que en 1990 contaba con 11.300 trabajadores, siendo en la actualidad, luego de la privatización, sólo 1.600. La tendencia, en fin, es evitar a toda costa que el sindicalismo continúe siendo un actor político para confinarlo a un papel de agente micro económico, que únicamente gestione acuerdos de empresa, o que sea un mero "tramitador" de compromisos en función de cuestiones específicas y particulares.

C. Cambios en la empresa (nueva cultura productiva)

Pero no solamente los cambios y diversificación de la estructura económica son procesos en curso que afectan a la naturaleza de las organizaciones sindicales y a sus demandas. También hay que considerar las innovaciones tecnológicas que se incorporan en la industria, los servicios y la agroexportación, entre otras actividades económicas. Es impresionante la extrema rapidez con que se producen los bienes y, por tanto, los tiempos breves en que quedan obsoletos. De la misma manera, la invención y la reinención de nuevas maquinarias producen un impacto significativo en la forma de organización del trabajo, lo que afecta al nivel y la naturaleza del empleo.

En este contexto, los sectores económicos y empresariales conciben de forma muy diversa el papel del sindicato. Así, mientras algunos consideran al trabajador como un mero factor productivo que puede ser utilizado o desechado según convenga únicamente a los intereses de la empresa, otros piensan que el avance productivo es impensable sin sindicatos fuertes que puedan protagonizar un papel importante dentro del proceso de modernización. De forma más residual, algunos aún se aferran a métodos tradicionales de producción (salarios bajos o materias primas baratas) y evitan cualquier posición o diálogo con los trabajadores, en aras a una mejora productiva.

La propuesta de una nueva relación entre empresa y sindicato, que comienza en la planta, y que debiera reflejarse al nivel de los nuevos pactos políticos y de los nuevos mecanismos de relación consecuentes, se ve cuestionada por muy diversos factores, que van desde, por un lado, los costos sociales que los trabajadores tienen que asumir en términos de pérdida de empleos, proceso de desindicalización, caída de poder adquisitivo y recorte de instituciones públicas que apoyaban el salario, la educación y la salud del trabajador y su familia, hasta la cultura de confrontación que aún persiste dentro de la empresa, debido a que éstas insisten en obtener la cooperación incondicional de los trabajadores, sin comprometerse a cubrir expectativas relacionadas con la participación en la gestión, la estabilidad en el empleo, la formación profesional del trabajador, o la salud laboral.

A ello se suma la disminución del papel del estado tanto en la tutela de los derechos de los trabajadores, como en su papel de mediador del desarrollo de las relaciones laborales, las

cuales según la "moda" pasan a definirse empresa por empresa, sin propiciar paralelamente el establecimiento de verdaderas formas autónomas de regulación.

El resultado, es un panorama confuso, de desorientación y en el que las organizaciones sindicales han perdido su verdadera capacidad de decisión.

D. Cambios en la composición de la mano de obra

En estrecha relación con lo anterior están los efectos sobre la composición de la mano de obra. La expansión de sectores como servicios y comercio ha dado lugar al surgimiento de grupos de trabajadores formados por jóvenes y mujeres, en general con escasa calificación técnica pero con escolaridad relativamente alta. Se ha conformado así una cierta clase media laboral en el sector privado que viene a reemplazar, en parte, a la predominante antigua clase media educada de servidores y oficinistas públicos, reducida drásticamente por la contracción del empleo y la privatización en el sector estatal.

No obstante, hay que mencionar también que parte de este grupo de trabajadores corresponde a generaciones de jóvenes tecnócratas, calificados en la administración de negocios o en las tecnologías de la informática. Esto dualiza el estrato al que nos estamos refiriendo entre una élite mejor pagada y tecnificada y una masa de empleados que en su mayoría no está organizada, no negocia colectivamente y, a menudo, no disfruta de los beneficios y las protecciones que otorgaba el empleo en la burocracia pública, que se desempeñan en microempresas de servicios, del todo diferentes a las complejas instituciones de la administración del estado.

De otra parte, la reducción de los mercados de trabajo formal, ha hecho más prominente el trabajador informal, en sus múltiples versiones de cuentapropista, temporero, a tiempo parcial, a domicilio, etc. El número creciente de trabajadores que ha pasado a formar parte de este «nuevo» sector económico, y que no pueden ejercer el derecho de negociación colectiva, no constituye un terreno fácil para la actividad sindical resultando una situación especialmente compleja para los trabajadores. Por ejemplo, en Venezuela, de cada diez nuevos empleos generados durante los noventa, algo más de siete correspondieron al sector informal, en Perú algo más de seis y medio, y en Colombia un poco más de tres y medio.

La expansión del sector informal debilita enormemente los esfuerzos de los sindicatos para movilizar y organizar a sus bases, y por tanto la posibilidad de cumplir su función en la sociedad. El crecimiento del empleo temporal y del sector no estructurado de la economía supone la reducción del número de trabajadores que pueden organizarse, lo que entraña problemas de representatividad. También supone la fragmentación de la mano de obra, pues coexisten, en el mismo lugar trabajadores con diferentes condiciones de empleo, reduciendo así la fuerza sindical en la negociación colectiva.

De otra parte, la manufactura en la actualidad se caracteriza por dos tipos de trabajadores: (i) aquéllos que por necesidades de la empresa forman una especie de centro nuclear de trabajo, que necesita de elevados índices de formación técnico profesional, y (ii) otros trabajadores, quienes por el carácter sencillo de sus funciones tienden a considerarse como un grupo que puede ser manejado, contratándolo y despidiéndolo en manera elástica de acuerdo al nivel de la demanda, grupo que por las prácticas de la empresa y por su formación parece ser condenado al "analfabetismo tecnológico" quedando aún más vulnerable dentro del mercado de trabajo.

Se añade, además, el crecimiento del sector servicios, que comienza a ocupar una cantidad importante de trabajadores, con condiciones salariales y derechos laborales menores a los de los obreros industriales, o al del empleado del sector público. Así se expande un sector en el cual sus trabajadores se caracterizan por un «nivel inferior» a la del sector industrial y público, y con escasa experiencia sindical, lo que significa todo un reto para organizarlos y hacer converger sus intereses con los de los trabajadores sindicalizados.

El debilitamiento del área tradicional sindical, es así palpable y el nuevo panorama obliga a las organizaciones sindicales a establecer parámetros de negociación diferenciados, de acuerdo a las distintas situaciones y tipos de asalariados que se mueven en el mercado de trabajo.

Lo anteriormente mencionado indica una progresiva transformación del tipo de estructura y composición del empleo sobre el cual operó históricamente el sindicalismo. Por tanto, la imagen típica del sindicalizado: trabajador manual de la industria, hombre, a tiempo completo y con cierta estabilidad en el empleo, no es actualmente la predominante. Este nuevo perfil de la base laboral implica complejos tipos de situaciones de trabajo y de esquemas de relaciones laborales, que el sindicato deberá tener en cuenta.

E. Cambios en las actitudes y conductas de los trabajadores

También los estudios dejan entrever los cambios de actitudes y conductas de los trabajadores, como un factor que influye en la negociación colectiva y que está cambiando la base social de los sindicatos. La experiencia y la lectura de las acciones sindicales en estos últimos años, nos indican que el peso del sindicalismo no solo depende en la actualidad de su número, de su extensión o de su versatilidad programática, sino que muy especialmente de su capacidad para adaptarse a la evolución de las mentalidades, nuevas actitudes y conductas de los trabajadores.

La diversidad de situaciones estructurales está creando también sicologías específicas frente al trabajo, a la vida social y política. La experiencia en los países andinos de autoritarismo, de exacerbación del individualismo y la introducción de criterios fuertemente mercantiles en la economía están dando lugar a orientaciones de comportamiento –de resistencia o adaptación– que deben ser considerados, a la hora de replantear las acciones.

A pesar de todo, la óptica colectiva de la acción social reside esencialmente en los trabajadores, en especial los que están organizados. Sin embargo, no cabe duda que las «tradiciones obreras» enfrentan nuevos retos culturales, provenientes de la juventud que no vivió la aspiración industrial, la participación política, ni la cultura de la promoción social. Estos retos pueden ser de signo positivo, como por ejemplo, los que se relacionan con la apropiación de nuevos valores de modernidad, secularización ideológica o con una cultura antiautoritaria.

Por ejemplo, en Venezuela en mayo de 1995, se comenzó a desarrollar una experiencia inédita en América Latina, mientras la CTV organizaba el XI Congreso en medio de una crisis estructural, decidió organizar una «ronda» de diálogos con diversos sectores de la sociedad civil, como del ámbito político. Así se desarrollaron diálogos con representantes del Gobierno, de las Fuerzas Armadas, de la Iglesia Católica, partidos políticos, estudiantes, asociaciones de vecinos, etc., sobre los más diversos temas, con espíritu democrático y plural, para buscar respuestas

adecuadas y razonadas. Esta experiencia permitió al movimiento sindical responder y presentar propuestas alternativas concretas para enfrentar la crisis. Hoy día se vive un proceso de diálogo a través del cual se han logrado obtener acuerdos tripartitos para reformar el marco normativo. Esto también ha implicado que Venezuela sea el país en la subregión donde existe una mayor cobertura de la negociación colectiva.

El sindicato tiene por ello, y en cuanto estandarte de una visión colectiva de la acción social, un papel central que jugar, y es consciente de que sólo una acción cooperativa y organizada puede superar las tendencias individualistas de las nuevas generaciones, basadas en un contexto económico, político y social muy diferente de aquel que hizo nacer al sindicato tradicional.

- **Los elementos internos que afectan los procesos de negociación.**

En el terreno de las relaciones laborales, los países andinos presentan un denominador común: la negociación colectiva ha sufrido un fuerte retroceso en los últimos años. Este retroceso se manifiesta en una disminución del número de convenios firmados y de trabajadores cubiertos, en un empobrecimiento de sus contenidos y en una pérdida de peso de la negociación de rama frente a la negociación de empresa o individual. Las causas que explican ésta marcha atrás son múltiples, pero están estrechamente ligadas a una pérdida del poder negociador de los sindicatos y a la disminución de la tasa de afiliación sindical en las empresas.

En consecuencia, resulta evidente que la negociación colectiva está sufriendo cambios de acuerdo a la fortaleza o debilidad del sindicato en la empresa o en el sector. En las empresas donde el sindicato es fuerte, con capacidad de convocatoria, autónomo y con iniciativa, la negociación colectiva es el espacio primordial para presentar nuevos temas y propuestas. En las empresas donde el sindicato es débil, la amenaza de despido como forma de presión para evitar cualquier reivindicación se impone y la negociación colectiva se reduce a mínimas consideraciones. En las empresas donde los trabajadores han sido cooptados, la negociación colectiva no existe o, en mejor de los casos, se reduce a un simple trámite automático y burocrático.

Por otra parte, las centrales sindicales y/o las federaciones muestran un desfase con respecto a los sindicatos locales, especialmente en el sector industrial. Los sindicatos fuertes no recurren siempre a las centrales sindicales y/o federaciones en materia de apoyo para un proceso de negociación colectiva, son autosuficientes, y en algunos casos tienen mayores recursos que las propias centrales. Son los sindicatos más débiles los que tienen mayores dificultades y necesitan de las centrales y/o federaciones sindicales. Sin embargo, la posibilidad que las instancias superiores del movimiento sindical logren atraer a los sindicatos locales, sea cual fuese su fortaleza, dependerá de la capacidad de articulación e interpretación de las demandas y de la capacidad para ofrecer a los sindicatos legitimidad, eficiencia y autosostenimiento.

A. LA ESTRUCTURA

De aquí entonces que una de las dificultades más urgentes de superar, y a la vez más difícil, que debe enfrentar el sindicalismo en los países andinos, es la adaptación de sus propias estructuras orgánicas a la dinámica del mundo actual. Es necesario concebir

organizaciones adaptables, flexibles y descentralizadas, superando las rigideces tradicionales de las organizaciones sindicales. Si el mundo del trabajo es cada vez más dinámico y cambiante, no es posible afrontar sus retos con estructuras rígidas.

El movimiento sindical siempre ha reivindicado la representación conjunta de los trabajadores, y no sólo de sus afiliados. Hay enormes franjas de trabajadores que conforman nuevos sectores, sin tradición sindical o desorganizados, como el sector informal de la economía, y otros que mantienen relaciones salariales precarias o atípicas. ¿Cómo representar efectivamente los intereses y los valores de estos sectores de trabajadores?, ¿Qué formas organizativas son las más apropiadas para dar cuenta de estas realidades? Evidentemente este desafío excede con mucho al movimiento sindical pero éste, algo tiene que decir al respecto.

La heterogenización de la base sindical tradicional con la incorporación masiva de la mujer a la fuerza de trabajo (desequilibrando un concepto tradicional del mercado), con la cada vez mayor variedad de calificaciones y las nuevas formas de contratación, representa una dificultad para los sindicatos en su capacidad para articular las diferentes demandas de cada uno de estos segmentos de la fuerza de trabajo en un proyecto sindical común.

B. LA ATOMIZACIÓN

El tema se torna más complicado aún cuando comprobamos que en los países andinos reina la división sindical, existiendo en total 25 centrales sindicales. Por ejemplo, en Perú, hasta 1990 existían cuatro centrales sindicales, habiéndose actualmente multiplicado a trece, lo que dificulta cualquier esfuerzo por concertar este movimiento sindical. En Ecuador, existen cinco centrales sindicales, en Venezuela cuatro y en Colombia tres. A esto se suma la existencia de muchos sindicatos llamados independientes, el 30% en promedio, a menudo entre los más poderosos del país que se trate, no forman parte de las centrales sindicales.

Las pugnas ideológicas han afectado a la unidad del movimiento sindical, y fundamentalmente a las negociaciones que tienen lugar en el escalón más elevado, pues la pluralidad de interlocutores, que ha menudo rivalizan entre sí y las presiones que a veces se libran, tornan sumamente difícil, cuando no imposible, la negociación. El resultado es un entramado de organizaciones sindicales no solamente reducidas en su cobertura, sino políticamente débiles. Es ésta debilidad la que, en última instancia, ha limitado la capacidad de los trabajadores de negociar políticas redistributivas y por tanto, de impedir la progresiva concentración del ingreso y la extensión y profundización de la pobreza.

C. CAPACITACIÓN

Por lo general, la dirigencia sindical no logra elaborar una respuesta a los cambios introducidos por la empresa, tanto por la rapidez con que se incorporan, como por la novedad y la falta de preparación para afrontar estos nuevos tipos de reivindicaciones. La falta de información y de capacitación de los dirigentes y afiliados sindicales en las temáticas referidas a los cambios técnicos, a los nuevos sistemas de organización del trabajo, y a los nuevos modelos de administración de empresas limita y restringe la cobertura de los convenios colectivos y por tanto la búsqueda para regular y paliar los efectos de las transformaciones.

En los países andinos son minoritarias las organizaciones sindicales que cuentan con un sistema de formación y capacitación. Son excepcionales las organizaciones que tienen definida

una estrategia educativa para la calificación de sus afiliados que pudieran entregar más posibilidades a sus demandas de mejores ingresos. Adicionalmente, la falta de solidez económica de las organizaciones sindicales se agravó en los últimos años por las variaciones violentas del número de afiliados cotizantes (despidos, renunciaciones, jubilaciones, etc.), destinando los reducidos recursos financieros a la misma subsistencia de la organización.

5.3 LA EXPERIENCIA DEL SINDICALISMO EUROPEO

Las transformaciones del sistema técnico-productivo se acompañan de cambios de valores morales y, por tanto, de cambios en los valores políticos y jurídicos: piénsese, en cuanto a estos, en la quiebra del acrisolado principio de estabilidad en el empleo, o en la aparición de formulas de legislación concertada entre el poder público y las fuerzas sociolaborales.

Las mentalidades e ideologías experimentan también sensibles cambios: la corriente neoliberal que predomina en los países económicamente más avanzados repudia la filosofía del Estado de Bienestar, y nada quiere saber de lo que se le antojan antiguallas keynesianas. El individualismo y el “darwinismo” social vuelven por sus fueros y consienten de mal grado los grupos intermedios, enjuiciando al sindicato como elemento conservador, cuya acción distorsiona el libre juego de las fuerzas del mercado.

El rechazo del marxismo en los países que hasta ahora habían conocido el: asocialismo real- debe crear por lo menos perplejidad en aquellos sindicatos -los más-nutridos ideológicamente (bien es cierto que, cada vez más, de modo más simbólico y verbal que efectivo) de los principios marxistas. Como perplejidad produce a algunos la contemplación de las obras de política social de los actuales gobierno socialdemócratas.

Hay, en fin, un cambio trascendental -la creciente cohesión internacional- que forzosamente ha de modular la acción de los sindicatos. El desarrollo de un <<espacio social europeo>> ha de intensificar la importancia de la Confederación Europea de Sindicatos como vehículo de armonización de estrategias sindicales, que pueden llegar a asumir funciones representativas y negociadoras de ámbito europeo.

La respuesta al reto de la reducción de afiliados y del retroceso del sindicato tipo (el trabajador fabril) se concreta en las propuestas sindicales de ampliación del ámbito personal del sindicato, mas allá de la figura tradicional del trabajador dependiente y por cuenta ajena. Se postula así la integración sindical de los trabajadores autónomos, de los funcionarios, e incluso se invita a la sindicación a estudiantes o amas de casa.

Es precisamente la conciencia de que la figura del trabajador industrial típico se encuentra en crisis la que explica la búsqueda de ámbitos nuevos de afiliación. Tal búsqueda esta presente, por ejemplo, en el XXV Congreso de la UGT, en el que se propuso establecer, junto a la categoría clásica del < afiliado>>, la nueva del <<adherido>>, a la que pertenecerían jóvenes y mujeres que no ostentaran la condición de trabajadores.

También como respuesta a la disminución de la importancia del trabajo industrial, se asiste a la clara expansión o globalización de los objetivos Sindicales. De este modo, y sin abandonarse naturalmente los fines clásicos del sindicato, se proponen otros nuevos dirigidos a dinamizar la acción y ampliar la influencia del sindicato. Estos nuevos objetivos, que desbordan lo estrictamente laboral, refieren más que a intereses de los trabajadores en cuanto tales, a intereses

ciudadanos en general: reforma fiscal, política de medio ambiente, política de vivienda y legislación del suelo, etcétera (en tal sentido, los programas de la Confederación Europea de Sindicatos, y la reciente Propuesta Sindical Prioritaria de UGT y CCOO).

Este ensanchamiento de objetivos sindicales se manifiesta además en la adopción de propuestas de neta política internacional: anti-armamentismo, redención de la deuda externa de los países en desarrollo, reducción de las desigualdades regionales, dialogo Norte-Sur y Este-Oeste, política anti segregacionista (v.g.: <<antiapartheid>>), crítica de determinados sistemas políticos (v.g.: caso de Turquía), etcétera.

Todo ello revela la intención de que los sindicatos sean, más que organizaciones representativas de intereses profesionales, vehículos universales de progreso social, económico y político. La pretensión es sin duda ambiciosa, y ante ella cabe la pregunta de si tal ampliación de límites es compatible con el concepto de sindicato, y si no produce conflictos de competencia con otras instituciones como los partidos políticos, las organizaciones de consumidores o las asociaciones de vecinos.

Si bien es cierto que el modelo clásico de sindicato profesional parece en crisis, no dejan de ser arriesgados otros modelos alternativos que se insinúan o, sin más, se empiezan a desplegar:

- El sindicato como asociación de miembros inespecíficos, patria de todos los ciudadanos y emulo o casi sustituto del Estado.
- El sindicato como organización que presta servicios (viviendas, banca, transportes, comercio, hoteles...), y que acaba siendo una estructura empresarial.
- El sindicato como promotor de una moral ciudadana, subrogándose en el lugar tradicionalmente ocupado por las religiones.

Evitando caer en esas exageraciones, no hay duda de que los intereses de los trabajadores -que son, evidentemente, los que tiene que defender el sindicato- están también concernidos por políticas generales, aparentemente ajenas al marco de las relaciones laborales. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que las reivindicaciones ecológicas tienen hoy no solo en la acción de los partidos políticos, sino en la de los sindicatos, deseosos de situarse en el espacio, de tanta audiencia actual, de los movimientos sociales alternativos. Piénsese en la no lejana división interna que se produjo en una central sindical tan consolidada como la DGB alemana, entre los partidarios de la estrategia ecologista de los -Verdes- y los defensores del industrialismo, división zanjada salomónicamente con el compromiso ecléctico adoptado por el SPD en 1984: tecnología, si; pero ecológicamente segura.

Pensar, como hacen algunos, que el sindicato clásico es un puro <<anacronismo económico>>, condenado a desaparecer igual que desaparecieron los gremios, y que el futuro sindical apunta a la inespecificidad de objetivos, a la deslaboralización de fines, nos parece, si no una *boutade*, si una evidente exageración.

Sin negar el interés que para los sindicatos tienen las tendencias ampliadoras de su ámbito personal y de sus objetivos, creemos que las transformaciones en curso, y las venideras, del sindicato no podrán ignorar la identidad de este; su genuina condición de organización de defensa y fomento de los intereses de quienes trabajan (en sentido amplio: sean asalariados, autónomos o funcionarios), dotada de objetivos centrales laborales (tanto

clásicos -aumento de retribuciones- como nuevos, o relativamente nuevos -creación de empleo, reparto de trabajo, humanización del trabajo...-).

Por muchas que sean las transformaciones que experimentan los procesos de producción y el régimen de trabajo, no es fácil prever un sindicato desentendido de fines siempre tan presentes como la reducción de la jornada laboral o el aumento de los salarios. Y, en sentido inverso, no parece que pueda seguir llamándose sindicato una organización dotada de asociados y fines generales, desprovista de singularidad laboral.

Finalmente, la existencia de vicios antidemocráticos en los sindicatos ha posibilitado intervenciones estatales como las ocurridas en Gran Bretaña en los últimos años (exigiéndose a través de ellas la votación secreta de los directivos sindicales y de la disposición de los fondos sindicales etcétera); medidas que, precisamente porque encaraban comportamientos poco democráticos de los sindicatos, fueron recibidas con el *agrado de la población*.

5.3.1 EXCURSO: EL SINDICALISMO ESPAÑOL

La ordenación concreta de un sistema sindical que sustituyera las estructuras previstas por un régimen autoritario como el franquismo de duración excepcional respecto de los ejemplos europeos que se manejaban -el fascismo italiano y el nazismo alemán- resultaba una tarea aparentemente fácil, contando con la experiencia de más de treinta años de desarrollo de ordenamientos democráticos en los países que soportaron la Segunda Guerra Mundial. Ante las perspectivas abiertas con la transición política y el reconocimiento del principio de pluralismo social ya en esta etapa, la puesta en práctica de un sistema democrático de relaciones laborales en España debía consistir en invertir la tendencia del régimen político anterior en materia de relaciones colectivas de trabajo.

El problema central, por tanto, se cifraba en definir un marco general que, aún suponiendo una verdadera ruptura con las formas organizativas de gobierno de las relaciones laborales en vigor durante el tardo-franquismo, y con su administrativización omnívora», fuera idóneo para desarrollar de forma controlada y encauzada una más eficaz gestión de las relaciones de trabajo y cuyo diseño tuviera una cierta solidez, adaptándose a las características peculiares del sindicalismo español crecido y afianzado en el antifranquismo. Un aspecto decisivo de esta preocupación ha sido abordado en el apartado anterior, a través de la descripción del modelo constitucional y legal de negociación colectiva y los problemas que su evolución plantea. No hay sin embargo negociación sin sujeto, ni intereses defendibles sin organización de los mismos. La problemática del sindicato como expresión organizativa y de actuación de los intereses de los trabajadores era, en consecuencia, previa a cualesquiera otras. En tal calidad aparece en la Constitución de 1978, sobre cuya configuración de los sindicatos habrá de reposar la solución «inédita» que ofrecerá el ordenamiento jurídico-laboral español al respecto

El art. 7 CE privilegia al sujeto sindical y hace de él uno de los pilares del sistema social y económico. La norma, como se sabe, define el contenido de los intereses «económicos y sociales» que los sindicatos representan, prescribiendo a su vez que su estructura y funcionamiento deben ser «democráticos». El Estado somete así a los sindicatos a las formas y responsabilidades constitucionales y exige su legitimidad democrática. A esa posición relevante la Constitución acompaña la declaración de diversos derechos subjetivos que delimitan las facultades de actuación del sindicato, aunque su titularidad no se le confíe en régimen de monopolio: derecho de libre sindicación, derecho de huelga, y derecho de negociación colectiva

fundamentalmente. Es un modelo abierto en el que se aprecian sin embargo múltiples determinaciones, tanto en lo que se refiere al propio peso específico del sindicato como sujeto colectivo, como en lo relativo a la prefiguración de un sistema de negociación colectiva y a la expresión de la autotutela colectiva.

Este conjunto de derechos y libertades no determinan por si solos la posición institucional del sindicato en la CE. La función de actuación de tales intereses por las organizaciones sindicales no se agotan en la defensa de los mismos ante el empleador, público o privado. En una visión más completa, aparece la mediación sindical respecto de cometidos que requieren la presencia de los poderes públicos como contraparte, y la asunción de funciones de codeterminación de intereses generales. La participación de los interesados en los medios de comunicación social (art. 20.3), en la programación de las enseñanzas (art. 27.5), en la articulación del sistema de Seguridad Social y en los servicios de «bienestar» (art. 129.1); en el establecimiento de los medios que faciliten el acceso a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2) o, en fin, en la planificación de la actividad económica general de la nación (art. 131.2), impiden hablar de una imposición de un horizonte sectorial a los sindicatos».

El sindicato es ciertamente un agente contractual, pero no limitado al intercambio básico de la prestación de trabajo; en el diseño constitucional se prefigura su actuación en el marco de la sociedad política global, de el se desprende que el objetivo del sindicato es también «el sistema político en su conjunto, en el que pretende afirmar decididamente su protagonismo». Todo ello anuncia un sujeto que puede asumir funciones de negociación generalizada con el Gobierno, el poder legislativo o los partidos políticos sobre materias económicas y sociales, o los fenómenos de negociación legislativa y el recurso a medidas de presión colectiva en defensa de los intereses en ella actuados', y a este reconocimiento de la penetración de los sindicatos en el cuadro político institucional a través de la enunciación por los mismos de sus políticas de reforma de la sociedad se une la declaración contenida en el art. 9.2 CE, formula que debe leerse como un compromiso por conseguir la igualdad sustancial en la que las instancias de participación como los sindicatos deben ser apoyadas y promovidas en su actuación por los poderes públicos.

En esta modelización, aceptada generalmente como expresión de las potencialidades del sindicato de acuerdo al esquema constitucional, y en la que es patente la huella del debate italiano de comienzos de los años 70 al que ya se ha hecho referencia, subyacen algunos presupuestos previos referidos a un proyecto de relaciones intersindicales que el transcurso de los hechos habría de desmentir: la existencia de una tensión hacia la unidad sindical y, por ende, hacia una formulación muy amplia de la autonomía de los sindicatos.

En efecto, sólo desde la unidad se podía concebir una capacidad activa de análisis de la realidad y de elaboración de propuestas de reforma de la sociedad que no sólo significara una posición de independencia frente al empresariado y el Estado, sino que no se situara subordinada o subsidiariamente respecto de las fuerzas políticas ideológicamente afines a las principales opciones sindicales en presencia. Y lo anterior implicaba construir paulatinamente una noción de paridad entre la forma-partido y la forma-sindicato, como sujetos que aspiraban a representar a la totalidad de la clase trabajadora, y cuya diferenciación no vendría dada por los objetivos perseguidos, sino por los medios que institucionalmente se asignaban a una u otra organización: para el sindicato, los derivados de la negociación, concertación, participación y autotutela colectivas principalmente, a través de los cuales este haría valer su posición activa y autónoma como sujeto social, como representante de la ciudadanía social.

Sin embargo, el panorama que ofrecía la realidad en 1978 no se correspondía con el tipo de sindicato que diseñaba la Constitución. Era inexistente una práctica organizativa estable de los sindicatos de trabajadores, habituados a la clandestinidad o, incluso, a expresarse teórica y organizativamente más como «movimiento» que como «organización». La presencia de los sindicatos no era uniforme en los diversos sectores de la producción ni en los diversos territorios del Estado, ni resultaba fácil predecir el peso real de las principales opciones sindicales, tanto históricas como nacidas en la clandestinidad bajo el franquismo y, en fin, tras la ruptura de los incipientes intentos de unidad de acción sindical a través de la COS, la situación de hecho se caracterizaba, después de la euforia de la legalización de las organizaciones profesionales por obra de la LAS, por una explosión de siglas, un acentuado y enconado pluralismo sindical de tendencias centrifugas. En esas condiciones, resultaba imprescindible encontrar algún criterio de selección entre aquellos que permitiera concretar en algunos las facultades de actuación necesarias para el funcionamiento no atomizado y frágil del nuevo sistema de relaciones industriales que se previa.

En ese momento aflora el problema de la representatividad sindical en el ordenamiento español, y de la búsqueda del criterio de selección que esta noción comporta. Y en este proceso parecía lo más conveniente dirigirse hacia los resultados electorales para los miembros de Comités de Empresa como criterio de construcción de la representatividad. Lo que luego se llamaría *audiencia electoral* permitía medir el distinto peso que las diversas opciones sindicales tenían en el nuevo funcionamiento del sistema de relaciones laborales inaugurado por la Constitución, a través del sufragio entre los trabajadores, la pluralidad sindical e individualizar de esta forma un mapa de la correlación de fuerzas que sirviera de indicativo a la acción de institucionalización sindical que requería el nuevo marco constitucional. Una vez en posesión de la cualidad de representativo al sindicato se le podrían otorgar determinadas funciones y poderes de gobierno de las relaciones laborales.

Son bien conocidas las sucesivas etapas de construcción del sistema de representatividad sindical en el ordenamiento español, que se van produciendo a partir de sucesivas intervenciones legislativas muy completas, primero a través de la búsqueda del reforzamiento de la negociación colectiva en el ET, aliada a una jurisprudencia constitucional entonces cooperante con el legislador, y después mediante la regulación global del fenómeno en la LOLS. La graduación de la exigencia de representatividad a través de las «posiciones jurídicas» de la simple o menor representatividad (art. 7.2 y 10.2 LOLS) y de la mayor representatividad (arts. 6, 7.1, 8.2 y 9 LOLS) implica una ordenación del pluralismo sindical muy activa, dirigida mediante una intervención fuerte, de la Ley al eficaz funcionamiento del sistema, con especial atención al ámbito autonómico, y que no impide la promoción decidida del grado mayor, el sindicato más representativo.

La representatividad, en suma, se ha convertido en el periodo que media entre 1980 y 1985, en una verdadera «estructura jurídica» de la representación sindical. El sindicato más representativo representa «institucionalmente» el interés general de los trabajadores, de la fuerza de trabajo global. Por definición se hace cargo del interés de toda la colectividad, más allá del grupo de sus afiliados, y por eso el criterio de selección opera mediante el sufragio universal entre todos los trabajadores, buscando la legitimación electoral a imagen de los criterios de representación política que definen los sistemas democráticos. La mayor representatividad se expresa en una gama de poderes atribuidos por la Ley y que empujan al sindicato que goza de tal condición a desempeñar funciones de representación general, de intercambio político. Y consolida y refuerza, desde su propia configuración legal como «singular posición jurídica», una situación de bisindicalismo imperfecto que se basa en un fenómeno

implícito de división sindical y que presupone una actividad concurrencial entre los sindicatos que será valorada en los resultados electorales de cada cuatro años. Dicho de otra manera, además de las funciones selectiva y de atribución de poderes jurídicos a las que esta técnica sirve, expresa una relación fáctica y política entre el sindicalismo de las dos grandes confederaciones de ámbito estatal y el conjunto de los trabajadores en su totalidad.

El sistema sindical español, en consecuencia, «vive la etapa de la representatividad sindical», caracterizada, frente a otros modelos comparados, por su carácter político-institucional y por hallarse relativamente bien instalada en la práctica de las relaciones sindicales.

Sin embargo, y a partir de los procesos de movilización social de finales de 1988, ha sido criticado doctrinalmente por su excesiva institucionalización, a la vez que se han ido generando progresivamente ciertos elementos de perturbación del *constructum* legal por vía de la jurisprudencia constitucional, pronosticando, en fin, la imperiosa necesidad de reformas del sistema que pueden llegar a un replanteamiento general del mismo.

Como una de las principales causas de la *crisis del modelo* se viene subrayando el exceso de juridificación del mismo, explicado en ocasiones como producto de la inercia del franquismo, que a la postre es contradictorio con el «fenómeno social de libertad» que el sistema político institucional creado por la Ley quiere fomentar aunque, contra sus deseos, bien podría terminar «asfixiando» la libertad sindical que se quería promocionar. Desde este punto de vista, el diseño legal es extremadamente vulnerable, porque puede consagrar una representatividad más teórica que real, más «oficial» que «auténtica», que además es culpable de desincentivar la afiliación sindical y de mantener al sindicalismo español en un nivel mínimo de adhesiones, al preferir el criterio electoral sobre el asociativo.

El sistema sindical español y la ordenación del pluralismo que este realiza, no goza, por tanto, de grandes simpatías. O al menos, se le ve con cierta desconfianza, dotado de potencialidades negativas que empañan los posibles aciertos en la construcción del mismo. Es cierto que la audiencia electoral es un criterio objetivo de medición, de carácter democrático y que busca la legitimación social de estas organizaciones y la verificación de su implantación en los procesos electorales que se celebran cada cuatro años; como también lo es que el apoyo real a las opciones sindicales, aunque este no se exprese afiliativamente, es muy importante, y que el número de representantes elegidos -y de trabajadores electores por tanto- en 1990 ha aumentado respecto de las elecciones precedentes de 1986. Pero tales hechos no aquietan las críticas y los reproches a una regulación que para muchos debería atemperar o complementar el criterio electoral de medición de la representatividad con el elemento asociativo, cuando no culminar en una suerte de reforma radical del sistema que termine, por nociva para el propio sindicalismo español, con la legislación promocional del mismo.

No parece sin embargo, que estas líneas de política del derecho tengan el suficiente consenso para destruir «el principio jurídico fuerte y unitario de la mayor representatividad» ni su verificación a través de la audiencia electoral, sino que se han de integrar en un debate más específico sobre las propuestas de reforma y perfeccionamiento del sistema, supliendo algunas de las consecuencias negativas y deficiencias del mismo, como sucede típicamente respecto del mecanismo de irradiación de la representatividad. Por el contrario, las alternativas de regulación se polarizan, mayoritariamente, alrededor de los «puntos negros» del proceso electoral: la necesidad de saneamiento del criterio electoral y la urgencia de perfeccionar la normativa electoral buscando una mayor democratización del sistema y eliminando sus disfuncionalidades.

Otro grupo de argumentaciones críticas del sistema político-institucional de la mayor representatividad están encaminadas directamente a señalar el difícil encaje de esta noción en un tiempo histórico de enormes cambios en el tejido social, que impiden «simplificar» los problemas de la representatividad de los sindicatos. Las profundas mutaciones en el sistema de producción que han originado la reestructuración de la composición de la fuerza de trabajo global, hacen difícil concebir la realidad y las relaciones sociales como si existiera una clase social homogénea, en lugar de aceptar unas relaciones de trabajo en las que se aprecia una multiplicidad de intereses fragmentados y en frecuente competición entre ellos, que adoptan por lo demás formulas organizativas propias. Desde este punto de vista, la «transversalidad» social del sindicato mas representativo no supone, atendiendo a la realidad de las cosas, más que una creencia. En consecuencia, conviene «flexibilizar» la noción de representatividad, acoplándola a una situación menos <concentrada> de la función general de representación de los trabajadores, diversificando esta y profesionalizándola».

Estos planteamientos si han tenido vigencia práctica, y de la mayor importancia, al estar en la base de una jurisprudencia constitucional que reestructura el sistema legal en una línea de ruptura del carácter general de la mayor representatividad, difuminando la globalidad de la representación de intereses que esta encierra y haciéndola compartir con los sindicatos menos o suficientemente representativos, de representatividad parcial. El «desarme» de la mayor representatividad significa la corrección, por parte del TC, del sistema establecido legalmente de construcción de interlocutores sociales privilegiados y una forma de socavar el poder y la función de estos.

El «encauzamiento» del sistema mediante la relegitimación de la representatividad simple, implica la asignación de funciones generales de representación a sindicatos que, por definición, representan intereses menos extensos, equiparándolos en definitiva a la acción social de las grandes confederaciones de ámbito estatal. Esta concepción más concreta y limitada de la representatividad pretende abrirse a una realidad más fragmentaria y compleja, pero resulta a su vez contradictoria con un proceso histórico en el que la concentración del poder negociador de los sindicatos mas representativos en los vértices políticos ha sobrevivido al cierre de una etapa determinada de concertación social, de carácter predominantemente tripartito y centralizada. En esta nueva fase la asunción y el desempeño por los dos sindicatos más representativos a nivel estatal de funciones de representación generales de la totalidad de los trabajadores, de una difusa ciudadanía social, se ha fortalecido, aunque aun este por consolidarse este «nuevo modelo» de concertación.

5.4 RETOS DEL MOVIMIENTO SINDICAL

En el mundo moderno surgen nuevos conocimientos y disciplinas que fundamentan y desarrollan viejos fenómenos. Este es el caso del trabajo humano y las relaciones que, con motivo del mismo, se establecen entre los dueños y administradores de los medios de producción y los que aportan la capacidad productiva. No se trata de un fenómeno nuevo, sino de una nueva disciplina académica y profesional que dado el carácter y complejidad de los elementos que subyacen (abarca el ámbito político, social y económico además del meramente laboral) ocupa un lugar relevante en nuestra sociedad.

El término relaciones laborales se refiere así, desde un punto de vista académico, al estudio de los diferentes aspectos de la regulación del trabajo, en especial a aquéllos relativos al

establecimiento y aplicación de las normas¹. Atendiendo a sus funciones principales, una parte importante de la doctrina define el sistema de relaciones laborales como la forma en que se adoptan las decisiones para distribuir los frutos de la producción entre los productores y aquellos que proporcionan los medios para que la misma se realice, o en otras palabras, las relaciones entre los empresarios, que ponen su capital en gestión con el fin de obtener un beneficio económico, y los trabajadores que, a cambio de un precio, prestan sus servicios personales coadyuvando a tal producción.

El concepto relaciones laborales en cuanto regula el trabajo humano, se encuentra subsumido, como se mencionó, en un marco económico, social y político del que forma parte como engranaje. La relación económico-social de todo proceso de producción es, sin lugar a dudas, el origen de la naturaleza conflictiva de este tipo de relaciones. El conflicto subyacente en el marco del mundo «productivo» marca de forma presente el desarrollo de toda la teoría y el estudio de este sistema.

El sistema de relaciones laborales es, históricamente, el producto de las sociedades democráticas pluralistas occidentales, y tuvo su origen en la primera revolución industrial. La evolución del trabajo humano desde un concepto familiar hacia la integración en una estructura organizada, más o menos compleja, impulsó un creciente interés por el estudio de las relaciones que se producían en el seno de las unidades productivas.

El primero en clasificarlas como «sistema» fue el economista norteamericano John Dunlop, quien destacó entre los factores del medio ambiente en el cual funciona un sistema de relaciones laborales, la estructura de poder sociopolítico, el mercado del producto y la tecnología de la producción. El concepto, de origen económico y social, fue poco a poco adquiriendo una nueva magnitud que vinculaba también la reglamentación administrativa y legislativa del fenómeno.

Las relaciones laborales hoy, en el contexto de un sistema económico de mercado, son un conglomerado de tensiones y acuerdos tendentes a regular el desarrollo pacífico del proceso productivo, lo que implica el estudio de numerosas áreas que se vinculan al mismo (desde el reparto de los beneficios, al bienestar de los productores).

El estudio de las relaciones laborales requiere así una metodología multidisciplinaria que partiendo de un marco político (en las democracias parlamentarias, caracterizado por la pluralidad de concepciones sociales, políticas y económicas), reflejado en las demás estructuras institucionales, permita identificar, comparar y resolver las dificultades que surgen de la existencia de las relaciones de grupo, dentro de un sistema económico determinado.

Este complejo y extenso encuadramiento puede, sin embargo, simplificarse determinando cuáles son las áreas donde la naturaleza conflictual de estas relaciones puede manifestarse.

En primer lugar la distribución de los frutos de la producción, y esencialmente su reglamentación y los problemas relativos al bienestar de los productores, representa la piedra angular de todo sistema de relaciones laborales. En los primeros momentos del desarrollo industrial, donde no existía ninguna estructura determinada para afrontar esta situación, las decisiones eran arbitrarias y basadas en la costumbre y la tradición gremial o local. Si el conflicto resultaba generalizado y la situación difícil, la reglamentación del mismo podía incluso fundamentarse en la violencia, como forma de perpetuar la dominación de ciertos grupos

sociales sobre otros. El desarrollo político e institucional determinó el diálogo y la negociación garantizada por ley estatal, como forma pacífica e idónea de resolver las dificultades.

Los gobiernos, en la actualidad, aceptan unánimemente la importancia de contar con un sistema de relaciones laborales basado en el diálogo, sin embargo, no existe unanimidad sobre su naturaleza y sus formas de desarrollo. ¿Cómo se articula la toma de decisiones?, es decir, ¿cuáles son los medios de canalizar esa negociación? ¿quiénes son los grupos legitimados?. Garantizar un correcto desenvolvimiento de este proceso es fundamental, especialmente en un mundo en crisis, ya que el caos y la falta de legitimación de las partes involucradas pueden, por ejemplo, llevar a rebelarse a grupos marginales que no se sienten integrados y protegidos por el sistema.

Sin duda, el problema de la legitimidad representa en el mundo actual un punto fundamental. En una economía en donde más de un 25 por ciento de la PEA está ocupada en el sector no estructurado, la existencia de un sistema de relaciones laborales que integra únicamente a los trabajadores del sector moderno de la economía puede provocar la crisis social.

El sistema de relaciones de trabajo representa por tanto un microcosmos en evolución, que cumple no sólo una función en el marco actual (la resolución de conflictos puntuales) sino que lleva consigo una finalidad concreta (la paz social). Desde el análisis anterior, los fines de este sistema se plasman esencialmente: en la protección social del trabajador, en el equilibrio en las relaciones entre empleadores y trabajadores, en los medios efectivos de solución de conflictos, y en la integración y en la representación de todos los grupos sociales. Para algunos autores, el conglomerado de estas finalidades se resume en la consecución de la ya mencionada paz social, como punto de encuentro y equilibrio de todas las fuerzas en conflicto. En este sentido, determinar hasta qué punto han sido alcanzadas estas finalidades, revelará el mayor o menor éxito del sistema de relaciones de trabajo aplicado. Los propios actores sociales deberán decidir cuáles son los indicadores que faciliten tal evaluación.

El sistema de relaciones laborales se ve en la actualidad especialmente afectado por numerosos elementos que cuestionan su planteamiento tradicional. La revolución tecnológica, secundada por una serie de factores económicos, está cambiando radicalmente la manera de producir.

Los procesos productivos se automatizan y necesitan una clase obrera más calificada y especializada, que responda a procesos industriales descentralizados y, en muchos casos, a entidades productivas más pequeñas: la mentalidad empresarial cambia y se subcontrata mucho más. Desde esta perspectiva, el núcleo de las relaciones laborales se modifica, al subdividirse la base laboral (de forma real o ficticia).

De forma paralela, surgen por ejemplo, nuevas formas de organización del trabajo como los círculos de calidad para analizar la producción y la calidad del producto. Sin embargo, los nuevos sistemas no están exentos de riesgos y, en algunas empresas nace la tentación de utilizarlos en sustitución del sindicato (si analizamos la calidad del producto, su acceso al mercado y las formas de producción en nuestro círculo, ¿por qué recurrir a órganos ajenos a nuestras estructuras?).

Asimismo, las nuevas tecnologías aplicadas a la administración del personal hacen más fáciles las relaciones con los trabajadores, concentrando de forma general en una sola

computadora los datos de todos los trabajadores de una gran empresa. El sindicato pierde, en este sentido, su papel de mediador en la identificación y en las relaciones con el personal. Su función con respecto a sus bases se modifica.

Las iniciativas más recientes en materia de gestión de recursos humanos tienden a promover una relación unitaria entre la gerencia y los empleados, negándose a reconocer la divergencia existente entre ellos. En Estados Unidos, por ejemplo, las nuevas teorías de gestión se ponen en práctica, a menudo, en un contexto de ausencia sindical, o como una medida para disminuir el papel de los sindicatos en la empresa³. En los países europeos no parecen ser aplicadas como una medida antisindical; sin embargo, al fortalecer relaciones directas entre la gerencia y los trabajadores, se quiebra en cierta medida el concepto de solidaridad de clase y se reduce, en la práctica, la eficacia de la intervención del sindicato. Probablemente este fenómeno no sea exclusivamente laboral, sino que refleja una tendencia sociológica hacia la fragmentación de los intereses de los ciudadanos en la sociedad contemporánea.

En conclusión, las relaciones laborales actuales se basan en un trabajo calificado, por oposición al trabajo rutinario típico del fordismo. La vieja separación entre trabajo manual y de ejecución frente a trabajo intelectual de concepción y diseño tiende a superarse. Sin embargo, frente a estos desarrollos positivos, los sindicatos afrontan grandes retos, en cuanto que las condiciones sociales que fundamentan sus cimientos tienden a esfumarse (las experiencias compartidas por un período más o menos estable fomentan el concepto solidaridad): el trabajo tradicional y su fundamentación sociológica ya no tienen sentido. Los trabajadores se encuentran en condiciones que pueden divergir crecientemente y cambiar cada vez más rápido. Entre ayer y hoy y entre un trabajador y otro, las diferencias se acentúan.

¿Cómo pueden los sindicatos, que nacieron para defender los intereses de los trabajadores, afrontar su representación y defensa ante los nuevos fenómenos productivos? Quizás la práctica efectiva nos dé algunos elementos de respuesta. ***El cambio pasa por una transformación de las actitudes, y en especial porque el sindicato se preocupe más por la calidad del trabajo, no limitando sus intereses a la defensa de aquellos aspectos cuantitativos (esencialmente las remuneraciones); asimismo, se necesita que las organizaciones sindicales se involucren en el proceso productivo participando directamente en él, esforzándose por influirlo en vez de rechazarlo radicalmente.*** Sólo desde esta perspectiva los empleadores reconocerán la existencia de un sindicato representativo capaz de garantizar el diálogo en el proceso de introducción de los cambios.

Como se mencionó, los cambios tecnológicos han influido de forma esencial tanto en las tasas de afiliación como en el papel de los sindicatos en el lugar de trabajo. De hecho, la creciente participación de los sindicatos en los procesos de formación nace del impacto de la introducción de nuevas tecnologías en las empresas.

Los sindicatos no pueden ni deben bloquear el cambio tecnológico, en cuanto éste está ligado a la productividad y la competitividad, y por tanto al empleo lo que no obsta a que puedan y deban participar de forma activa en el diseño y la aplicación de estas tecnologías con el fin de que sean beneficiosas tanto para trabajadores como para empleadores.

No obstante, las nuevas tecnologías implican a menudo para los sindicatos el temido concepto de la flexibilidad, término nebuloso con semánticas diferentes para trabajadores y empleadores. La flexibilidad implica, en sentido peyorativo, despidos rápidos y

menos costosos, contratos precarios y en inferiores condiciones de trabajo. No obstante, no podemos olvidar que flexibilidad en el trabajo tiene connotaciones ventajosas para los trabajadores: en cuanto permite combinar ocio, estudio y trabajo. La CISL (Confederación italiana de sindicatos de trabajadores) ha señalado que las nuevas tecnologías pueden «domesticarse» de forma tal que permitan más libertad en la ejecución del trabajo.

El pacto social italiano promueve una flexibilidad denominada «agresiva» enfatizando la mejora de la tecnología, la producción y la formación y simplificando los procedimientos administrativos, más que concentrarse en los despidos. Flexibilización agresiva se contrapone a la flexibilización defensiva, la cual implica la derogación o sustitución de normas laborales con el fin de garantizar la competitividad.

Las nuevas tecnologías pueden implicar un ahorro de esfuerzo físico y de trabajo, así como una reducción de los riesgos inherentes al mismo. No obstante, el riesgo del estrés y de problemas de fatiga psíquica son las nuevas causas del desasosiego de los sindicatos. En este sentido, el sindicato debe establecer una política tendiente a humanizar el trabajo y a evitar el riesgo de una excesiva automatización. Estos sentimientos fueron expresados por el presidente de la AFL (Federación de trabajadores americanos) Samuel Gompers hace más de 100 años, cuando en 1886 recomendaba: «planificar de forma que los trabajadores puedan controlar el uso de la máquina a través de sus sindicatos en lugar de permitir que la máquina los controle».

El sindicato tiene por tanto, un papel central que jugar en el desarrollo tecnológico, asegurando la expansión del contenido de las ocupaciones y el desarrollo de nuevas competencias profesionales.

En Suecia la estrategia sindical en relación con las nuevas tecnologías pasó por tres fases bien marcadas: Recopilación de información y análisis por el sindicato, lo cual implicaba relaciones transparentes con la empresa y una base de diálogo. «Acuerdos tecnológicos», es decir programas de principios que atendían de forma realista las nuevas necesidades de la empresa y que preveían los despidos estructurales con el menor sacrificio posible.

El sindicato encabeza la búsqueda anticipada de nuevas tecnologías, que él mismo adapta a las necesidades de los trabajadores, previendo paralelamente la formación necesaria.

Sin duda, la información ostenta un papel fundamental en todo este proceso. Si bien la mayor parte de los sindicatos están de acuerdo sobre la necesidad de una activa implicación en el proceso tecnológico, las propuestas concretas están comenzando. Por ejemplo, la Confederación General de Trabajadores en Alemania (DGB) colabora con algunos institutos técnicos en la búsqueda de nuevas alternativas y ofrece consulta gratuita a sus afiliados sobre el impacto de las nuevas tecnologías.

En Japón, un acuerdo con la Nissan exige la consulta previa con los sindicatos en caso de suspensiones, modificación de condiciones de trabajo, seguridad e higiene y sobre las cuestiones de educación y formación.

Con las negociaciones colectivas surge la posibilidad de fortalecer el entendimiento entre los interlocutores, respecto a temas que pueden ir desde el salario hasta la definición de políticas de empleo, de salud, vivienda y de alimentación para el grueso de la población asalariada.

La negociación colectiva se nos presenta como resultado y al mismo tiempo como elemento que dota de nueva dinámica al sistema de relaciones laborales. Se trata del medio por el cual se canalizan las reivindicaciones de los interlocutores sociales; reivindicaciones que pueden tener diversa profundidad, alcance o ámbito.

Desde la perspectiva de la OIT, y según reza el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), la expresión «negociación colectiva» comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores, o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- Fijar las condiciones de trabajo y empleo.
- Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores.
- **Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.**

El contenido de la negociación es por tanto amplio y depende de la voluntad de las partes que en ella intervienen. No obstante, las legislaciones, en especial en América Latina, apuntan con frecuencia cuál debe ser el contenido mínimo, en algunos casos de forma muy amplia (Venezuela), lo que permite a los actores navegar en un enorme abanico de posibilidades.

El objeto de la negociación en América Latina es, sin lugar a dudas, variado y depende de la tradición y de la situación económica. No obstante, salarios y condiciones de trabajo son los temas centrales. Es interesante señalar que en materia de salarios, las políticas gubernamentales, que consideran a la remuneración como uno de los elementos de las políticas antiinflacionarias, tienden a limitar la autonomía de las partes en lo relativo a su negociación.

Precisamente, el enfrentamiento entre esta posición de Estado y la pretensión de las partes para regular autónomamente el tema, han dado lugar a mecanismos atípicos de negociación colectiva utilizados casi exclusivamente para la fijación del salario. Este es el caso de los consejos, juntas o comisiones de salarios de composición tripartita que permiten establecer un estadio intermedio para el acuerdo en estos temas puntuales facilitando la «intervención del Estado» de un lado y la participación sindical de otro (es el caso de Argentina, Panamá y Colombia, por ejemplo). Estos consejos permiten por un lado un grado de participación de los sectores sociales, a modo de negociación colectiva *sui generis*, permitiendo por su carácter tripartito, la actuación del Estado que, en regiones donde el movimiento sindical es débil, adquiere un especial papel.

El nivel de la negociación colectiva tiene una íntima relación con las unidades de negociación y el sujeto negociador. En efecto, como se mencionó, es en general, el sindicato el único sujeto legitimado para negociar colectivamente o el que detenta la legitimación prioritaria, la estructura sindical refleja el nivel de la negociación colectiva: donde predomina la estructura sindical por empresa, prevalece la negociación colectiva por empresa, y donde prevalece el sindicato de rama prevalece la negociación de rama de actividad.

En América Latina, el nivel de negociación predominante es por empresa (salvo en Argentina, Brasil y Uruguay), llegando a ser a veces el único nivel reconocido. La existencia de un predominio de este nivel tiene su origen en la intervención del Estado, que asimismo

determina los procedimientos y trámites de negociación y/o imponiendo medios de solución de conflictos obligatorios en determinadas etapas de la negociación.

Jurídicamente, no existe límite (en conformidad con los principios de libertad sindical) sobre el nivel a negociar por las partes aunque en algunos países se incentiva un tipo de negociación. Desde esta perspectiva se puede negociar articuladamente a varios niveles. Las ventajas y conveniencia del tipo de negociación por el que se opta es privilegio de las partes. Nada impide que existan acuerdos articulados que abarquen a la misma población trabajadora.

De hecho, cada tipo de acuerdo cumple una función que no es excluyente de la existencia de un acuerdo de ámbito superior o inferior. Por ejemplo, la existencia de un acuerdo de rama en el sector alimentación cumple una función más general ya que considera las condiciones y necesidades de todo el sector, mientras que el convenio de empresa de un gran supermercado X responde, dentro del sector, a algunas especificidades propias del mismo: su situación geográfica, su expansión que permite mejores remuneraciones.

Con frecuencia los acuerdos puramente profesionales se integran en otros acuerdos de alcance superior y de clara implicación política. Son estos los llamados pactos sociales cuyo contenido intenta fijar las bases del desarrollo de las relaciones laborales nacionales, durante un determinado período de vigencia.

Dichos acuerdos adquieren en nuestros días una importancia creciente por cuanto son utilizados como mecanismo político e incluso jurídico (los recientes acuerdos de Venezuela y Ecuador han generado — en el primer caso — o pretenden generar —en Ecuador —reformas de las leyes de trabajo) para mejorar las relaciones laborales.

La importancia de los pactos sociales es más evidente en períodos de crisis marcada donde el estancamiento de la negociación colectiva es un fenómeno paralelo. El contenido de estos acuerdos varía pero por lo general fija únicamente programas, principios y líneas generales.

5.5 LÍNEAS DE ACCIÓN SINDICALES A SEGUIR

Muy pocos países de América Latina, como se acaba de ver, han resistido a la tentación o la necesidad de revisar su legislación laboral o de anunciar que lo harán. A la hora actual quizás los únicos que no han introducido cambios significativos en los últimos diez años son Bolivia, Honduras, México y Uruguay. Aún así, apenas asumido el Gobierno de Honduras por las nuevas autoridades, a inicios de 1998, el Ministro de Trabajo ya manifestaba su intención de relanzar el proceso de reforma de la legislación laboral, sobre la base de un proyecto que conllevaba numerosas *flexibilizaciones*, bastantes de las cuales estaban inspiradas en la idea de la *disponibilidad colectiva*; este proyecto había sido presentado tres años atrás y dejado en suspenso desde entonces.

También en México se ha planteado en numerosas ocasiones la necesidad de revisar la Ley Federal del Trabajo, lo que en cierta medida ya se ha venido haciendo *de facto* a través de la llamada *Nueva Cultura Laboral*, en donde el protagonismo ha incumbido esencialmente a los interlocutores sociales. En suma, no es una conclusión temeraria el decir que en América Latina nunca se habían llevado a cabo tantas reformas laborales en tan poco tiempo.

El telón de fondo de este proceso es, por supuesto, la llamada *globalización* de la economía, o si se quiere la *mundialización*, como la ha denominado la OIT en la Memoria que el Director General presentó a la 85ª reunión de Conferencia Internacional del Trabajo, en 1997. El debate, como ya se dijo, está aún muy lejos de ofrecer una respuesta igualmente satisfactoria, y menos aún un compromiso recíprocamente aceptable para los defensores de la flexibilidad, tanto como para los abogados del *garantismo*, en torno de algunas cuestiones cuya importancia nadie puede ignorar: ¿frente al reto de la *mundialización* de la economía y de la liberalización de los mercados internos, es posible continuar a ofrecer a la mano de obra las mismas garantías sociales que en épocas de proteccionismo?; ¿es necesario modificar la reglamentación del trabajo con objeto de estimular la competitividad, o con el objeto de crear empleos y no de desalentar su creación?; ¿en qué medida los frutos de tal estrategia se encontrarán garantizados, justificando así el precio social que por ella se estará pagando?

Cuando se sitúa este debate en el contexto latinoamericano lo menos que se puede decir es que los argumentos sobran mientras las demostraciones empíricas sobre los efectos aparentemente contraproducentes de la legislación laboral son muy poco concluyentes, si acaso hay alguna. ***En realidad casi ninguno de los argumentos que en Europa se han avanzado para justificar los reclamos para una mayor flexibilidad laboral parecen aplicables a América Latina, cuyos niveles de protección laboral, sin hablar de los salarios, son muy inferiores a los europeos.*** Como lo puntualizó el Secretario de Estado de Trabajo de la República Dominicana, Rafael Alburquerque, en su discurso ante la 81.ª reunión de la Conferencia, 1994, las discusiones en América Latina han tenido mucho de importado y poco de autóctono; a lo que agregó que "se puede flexibilizar lo que es rígido, pero es absolutamente inadecuado que por la mera imitación de lo que acontece en las naciones industrializadas, los países en desarrollo con costos laborales mucho más bajos, transiten por el camino de una desregularización que únicamente los conduciría al viejo arrendamiento de servicios, dominado por el principio de la autonomía de la voluntad, que en los hechos se convierte en una imposición del más fuerte en la relación de trabajo".

La misma cautela se debería imponer cuando se importan razonamientos inspirados en el llamado modelo asiático, que buscan correlaciones entre el éxito económico de los países de Asia Sud Oriental y los bajos salarios y muy poca reglamentación del trabajo que en ellos prevalece, y que a partir de esta constatación proponen modelos similares para América Latina.

En primer lugar, como lo observó la OIT, las políticas seguidas por los países del Sud Este asiático en algunos puntos son tan disímiles que cabe preguntar si existe realmente un sólo modelo asiático de política laboral. Además, para ser comparable, un modelo latinoamericano construido sobre el ejemplo asiático debería también incorporar elementos de dirigismo en la economía, como en Corea del Sur, o de concertación en los salarios como en Singapur, o hacer hincapié en la mejora de los sistemas públicos de educación y formación profesional como lo hicieron muchos países asiáticos, mientras que en América latina se asistía, al contrario, a una degradación de dichos sistemas. Al margen de lo dicho, la idea de que en los países asiáticos prevalecen los bajos salarios es válida para algunos de ellos pero no para todos. Y en fin, la actual crisis asiática no puede invitar sino a la cautela en cuanto a la conveniencia de basar las estrategias económicas o sociales inspirándose en modelos cuyo éxito puede ser efímero.

Otras reflexiones se podrían inspirar en la observación de que la economía de otro país *modelo*, Chile, continuó a crecer, las remuneraciones aumentaron y las tasas de desempleo bajaron a pesar de que a partir de 1990 se corrigieron muchas de las disfunciones de las

reformas laborales que el programa neoliberal había introducido en 1978. En un sentido contrario, la introducción del programa de ajuste en la Argentina, en 1991, y la adopción consecutiva de reformas laborales tendentes a *flexibilizar* las relaciones de trabajo el crecimiento de las tasas de desempleo que del 6.9 por ciento en 1991, habían trepado al 18.6 por ciento en el segundo trimestre de 1995.

De ahí no puede concluirse precipitadamente que la ausencia de prueba es prueba de una ausencia de correlación entre la legislación laboral y la trabas a la competitividad internacional, pero sí es una invitación a que se examine el tema de la *flexibilidad laboral* con una dosis de mayor rigor y de menor ideología. ***Al margen de cualquier otra consideración lo cierto es que ninguna de las reformas flexibilizadoras que hasta ahora se hicieron en América latina fueron precedidas de estudios concluyentes sobre sus efectos económicos supuestamente positivos.*** Es obvio que no se puede afirmar que esos efectos son inexistentes, pero sí que hasta ahora no están demostrados; motivo por el cual todo apunta a sugerir que la flexibilización laboral en América latina se fundó antes en prejuicios que en juicios, y que quizás su principal motivación fuera la necesidad de hacer un *ajuste ideológico* consecutivo al económico.

Frente a ello, los sindicatos de todo el mundo han luchado durante los últimos diez años para hacer frente a la ola de flexibilización del mercado laboral, en una época de constante disminución de la afiliación sindical y debilitamiento del poder negociador de esas organizaciones. Sin embargo, ***aunque en la actualidad los sindicatos de muchos países consideran que la flexibilidad del mercado laboral es un medio inevitable de hacer frente al deterioro de la situación en dicho mercado (es decir, la persistencia de tasas de desempleo elevadas), se enfrentan con la tarea de reconciliar su estrategia y función tradicional con los nuevos métodos de flexibilidad del mercado laboral.***

Para esto, y en lo que respecta a la flexibilidad del empleo, en el último decenio una de las preocupaciones principales de los sindicatos se ha centrado en mantener la seguridad de empleo de sus afiliados. Cuando los sindicatos convienen en aceptar ajustes laborales para hacer frente a dificultades económicas, a menudo prefieren otros métodos, por ejemplo, traslado dentro de grupos empresariales, la conversión en contratos a tiempo parcial e incluso contratos de franquicia en virtud de las cuales se ofrece a los empleados sobrantes la oportunidad de abrir un comercio para vender los productos de la empresa.

Sin embargo, y dentro de la flexibilidad en el empleo, ***los sindicatos deben vencer las dificultades de elaboración de estrategias eficaces que protejan a los trabajadores eventuales (máxime, si estos trabajadores son reacios a aceptar el sindicalismo).*** En efecto, los trabajadores a tiempo parcial suelen considerar que el empleo y el sindicalismo tienen importancia marginal para su vida, y muchos trabajadores eventuales cambian de trabajo con frecuencia, lo que perturba toda relación con los sindicatos. En los países en que predominan los sindicatos a nivel de empresa, éstos efectúan pocos esfuerzos para afiliar y proteger a los trabajadores eventuales. También los obstáculos jurídicos pueden ser contrarios a los esfuerzos de los sindicatos para afiliar a los trabajadores atípicos. Frente a ello, los sindicatos deben adoptar medidas de política más activas para proporcionar la protección debida a este tipo de trabajadores. Abogar por la revisión de las leyes de contratación en el empleo

En segundo lugar, tenemos la flexibilidad salarial, en donde ***los sindicatos deben internalizar que su capacidad de alcanzar la flexibilidad salarial macroeconómica que beneficia al empleo y al crecimiento de la economía depende en gran medida de la***

estructura de la negociación colectiva (tanto horizontal como vertical) y de su contexto institucional, y no existen en absoluto relaciones lineales entre la estructura negociadora y el rendimiento económico.

Desde la crisis del petróleo del decenio de 1970, los sindicatos de los sectores exportadores japoneses han desarrollado un sistema muy perfeccionado de coordinación de las demandas salariales entre sindicatos de las diversas industrias, teniendo en cuenta al mismo tiempo la situación macroeconómica y la competitividad de las industrias de exportadores del país.

Por otro lado, los sindicatos son en general contrarios a los nuevos sistemas salariales que puedan menoscabar su función en la determinación de la remuneración, sin embargo, aunque los sindicatos, también, son contrarios a la remuneración basada en los méritos, ***parecería ser más favorable la remuneración basada en el rendimiento colectivo.***

En lo que respecta a la flexibilidad del tiempo de trabajo, se tiene que, aunque la reducción del tiempo de trabajo ha interesado siempre mucho a los sindicatos, esta cuestión adquiere ahora nuevas dimensiones. Además, del interés tradicional por reducir las horas de trabajo como medio para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores, los sindicatos de todo el mundo han desarrollado nuevos enfoques como consecuencia de otras preocupaciones, tales como: la creación de empleos, la flexibilidad de la empresa y el equilibrio entre la vida laboral y la familiar. A ello, ***se debería agregar que la flexibilidad del tiempo de trabajo incluya las cuestiones de remuneración.***

Asimismo, se debe cambiar el paradigma en el sindicalismo latinoamericano, consistente en que la organización del trabajo sea considerado una prerrogativa de la empresa y no suele ser objeto de negociación colectiva; y, por el contrario, los sindicatos, vía negociación colectiva, debe concertar con los empleadores lo referente al trabajo en equipo, la subcontratación a terceros y el tiempo de trabajo flexible. Y ello, aunque algunos observadores afirman que la existencia de sindicatos y la negociación colectiva puedan impedir la flexibilidad y el cambio, existen pruebas de que esa presencia puede en algunos casos facilitar las reformas laborales.

En suma, los sindicatos de muchos países han variado recientemente su postura con respecto a la flexibilidad del mercado laboral pasando de una política defensiva a otra más favorable, la mayoría de sindicatos comprende la importancia de flexibilizar más el trabajo como medio para crear empleo. Convencidos de la inevitabilidad económica de una mayor flexibilización, los sindicatos cooperan activamente con los empleadores y sus organizaciones en el establecimiento de nuevas normas de trabajo. Sin embargo, este cambio de perspectiva, debe venir complementado en la distinción de flexibilización y desregulación, este último presente en la realidad latinoamericana, especialmente en el Perú.,

Lo señalado bastaría para concluir que a la hora actual el Derecho del Trabajo enfrenta numerosos retos en América Latina, dentro de los cuales quizás el más importante sea el de su cuestionamiento ideológico; pero también existen otros que deben invitar a la reflexión:

El primero de ellos es el reto de la *contractualidad*: el recurso creciente a la subcontratación de servicios o a la interposición de figuras contractuales no laborales tiene como resultado el hecho de que un número cada vez mayor de trabajadores subordinados escapa al manto protector del Derecho del Trabajo. Así se preguntan cuáles son los motivos por los que un

trabajador subordinado que llamaríamos *en régimen de subcontratación*, por utilizar la terminología de un proyecto de instrumento internacional que la Conferencia de la OIT discutirá en su sesión de junio de 1998, debe estar menos protegido que los demás trabajadores.

El segundo es el reto de la *atipicidad* o la *precariedad*: un número creciente de relaciones de trabajo subordinadas son concertadas bajo formas jurídicas que confieren una protección menor que la relación de trabajo llamada *típica*, la que continúa no obstante siendo considerada como el eje o pivote del Código de Trabajo. ¿Nos encontramos frente a una esquizofrenia del Derecho del Trabajo o ante un fenómeno de exclusión creciente que debería ser considerado como una patología social?

El tercero es el reto de la *informalidad*: como lo ha destacado la OIT, ocho de cada diez nuevos empleos en América Latina se generan en el sector informal. Tan *trabajadores* como los demás, quienes laboran en el sector informal ya sea *de jure* o *de facto* se encuentran excluidos de la legislación laboral. La pregunta que surge es: ¿cómo hacer que estas personas se beneficien de al menos algunas de las garantías mínimas que la legislación laboral confiere a sus pares del sector formal de la economía.

En suma, quizás estamos ahora en presencia de una nueva fase del Derecho del Trabajo, caracterizada no sólo por su cuestionamiento ideológico sino por su crisis de identidad. ¿Se trata del fin del Derecho del Trabajo, como algunos presagian? ¿Nos encontramos ante una tendencia definida o ante un episodio pasajero de negación de sus valores, tras el cual vendrá un reflujo salvador que tenderá a ubicarlo en un nuevo punto de equilibrio entre la lógica económica y la social? La cuestión queda abierta.

CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado los tópicos de la presente investigación, se han elaborado las siguientes conclusiones:

1. A finales de la década de los setenta muchos analistas y estudiosos de las relaciones laborales estimaban la existencia de rigideces jurídico-institucionales en el sistema de relaciones laborales fordista, así como rigideces técnico-organizativas en el proceso productivo. En el contexto de la crisis económica dichas rigideces dificultaban las medidas de ajustes de las empresas ante la incertidumbre y la fluctuaciones de la demanda en los mercados.
2. Las respuestas empresariales a las citadas rigideces ha consistido, durante la década de los ochenta, en el desarrollo de nuevas estrategias inspiradas en la idea de flexibilidad o flexibilidades. las respuestas empresariales a todos estos factores institucionales perturbadores del ajuste han pasado por reclamar de las autoridades públicas una nueva normativa laboral flexibilizadora de la contratación y del despido, además de regulaciones temporales de empleo según las circunstancias de la producción, a lo que habría que añadir estrategias para reducir la resistencia de la categorías laborales e introducir principios de movilidad y polivalencia, así: como presiones por alargar la jornada, el trabajo a turnos y flexibilizar los salarios.
3. Las presiones de los empresarios y gobiernos por una mayor flexibilidad están indisolublemente vinculadas a la crisis económica de los años setenta, crisis que puso fin a un largo ciclo de treinta años de crecimiento económico y progreso social, cuyos resultados fueron muy notorios en diversos aspectos que conciernen directamente al mercado de trabajo.
4. La crisis económica de los años setenta, por un lado, la irrupción en el comercio mundial de los llamados "nuevos países industrializados", por el otro, pusieron término a la euforia económica de los "treinta gloriosos", que había facilitado el progreso social. para nosotros, y teniendo en cuenta la vinculación que la flexibilización tiene con los modelos económicos, condicionantes de determinadas relaciones laborales, la flexibilidad no sería otra cosa que la exigencia impuesta por los sostenedores de la llamada economía de mercado, para que el legislador laboral adapte las normas del Derecho de Trabajo a las particularidades de tal modelo y a las exigencias del mercado.
5. Para nosotros, y teniendo en cuenta la vinculación que la flexibilización tiene con los modelos económicos, condicionantes de determinadas relaciones laborales, la flexibilidad no sería otra cosa que la exigencia impuesta por los sostenedores de la llamada economía de mercado, para que el legislador laboral adapte las normas del Derecho de Trabajo a las particularidades de tal modelo y a las exigencias del mercado. Es expresión de la crisis del "Estado de Bienestar" y la bienvenida al "Neoliberalismo":
6. La expresión "Estado de Bienestar" se refiere al sistema social occidental que surge después de la Segunda Guerra Mundial y que se caracteriza por un sistema mixto de capitalismo de bienestar y de democracia liberal. Su principal objetivo es buscar el "bienestar" de sus ciudadanos mediante diversas intervenciones en la economía de

mercado, como la búsqueda del pleno empleo y el fomento de los servicios de bienestar social.

7. Entre 1945 y 1974 estas sociedades junto con asegurar los derechos sociales básicos de su población, a través de la construcción de sus respectivos Estados de Bienestar, experimentaron un espectacular crecimiento económico, constituyendo una verdadera "época dorada". Este esplendor económico llega a su término en la década del 70 con la crisis del petróleo: el estancamiento económico y la inflación configuran un delicado cuadro, que coloca a estas economías en crisis, lo que de paso, favorece la emergencia de las ideas neoclásicas, las cuales critican duramente al Estado de Bienestar por su gasto público, regulaciones e interferencias del libre mercado, proteccionismo, por la influencia sindical, y las dificultades de su financiación en el contexto demográfico de una población envejecida, etc.
8. La crisis económica de los años 70 hizo tambalearse los cimientos del Estado de Bienestar Keynesiano y muchos comenzaron a cuestionar su validez, dudando, no solamente de la conveniencia de las intervenciones estatales, sino también de su capacidad de extender los servicios sociales y de lograr el pleno empleo. Tanto desde la derecha como desde la izquierda se criticaron sus supuestos políticos, económicos y sociales.
9. Aceptaremos que el neoliberalismo, según se desprende de innumerables trabajos de la teoría social y política, es hegemónico desde los años ochenta a escala mundial; y que se caracteriza por tres "tipos de políticas" fundamentales: la política económica se orienta hacia la oferta y hacia la expansión de mercado de bienes y capitales, la política gubernamental se orienta a reducir la importancia de la administración en aquellas áreas consideradas irrelevantes para la continuidad del desarrollo capitalista, y la política cultural se orienta hacia la crítica de los valores "posmateriales", como la autonomía y la autorrealización, y cultiva.
10. Hoy, en el despertar de la crisis del Keynesianismo, el neo-liberalismo racionaliza la destrucción no solamente de comunidades tradicionales sino también de programas sociales del gobierno ganados en luchas anteriores para proteger a la gente de las fuerzas del mercado. Se trata de imponer el valor del mercado en todas las esferas de la vida. La naturaleza, la contaminación, el bienestar humano, la educación y todo comportamiento social están medidos puramente por su contribución a hacer ganancias en la histeria capitalista más insana que el mundo ha conocido.
11. La política neo liberal exige que los profundos cambios que provocan en una organización la adopción de formas atípicas de trabajo, que afectan a todos los aspectos básicos de las labores directivas, exigen que esas modificaciones estén planificadas y que contribuyan al logro de los objetivos básicos de esa organización.
12. La flexibilidad en materia laboral presenta diversas clasificaciones. Una primera clasificación es la planteada por J.C. Javillier, que sostiene que en realidad hay tres clases de flexibilidad, una de protección, otra de adaptación y otra de desregulación. Junto a esta primera clasificación, hay una segunda que distingue diversas clases de flexibilidad en función de la fuente jurídica que la provoca. Otra clasificación es la que distingue una flexibilidad condicionada de una flexibilización no condicionada, venga esta impuesta por ley o negociada colectivamente. Podemos hablar de una flexibilidad

interna, que modifica aspectos de una relación laboral pre – existente y que subsiste, cuando se modifica el horario, la jornada, las condiciones de trabajo, la movilidad dentro de la fábrica; y de una flexibilidad externa, que supone una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de trabajo.

13. La flexibilización en materia laboral se presenta en cuatro grandes ámbitos: salarios, jornada de trabajo, contratación laboral y organización del trabajo.
14. La primera forma de concebir la flexibilidad apunta hacia la rigidez de los salarios los costos no salariales de la mano de obra. Según algunos enfoques la rigidez de los salarios se debe a la existencia de salarios mínimos, entendiéndose por tales a todo salario fijado por un mecanismo institucional (consejo de salarios o negociación colectiva). Por consiguiente, las diversas estrategias de flexibilización de los salarios tienen como objetivo último la reducción del nivel real del salario, que, como se ha señalado antes, durante los años sesenta había crecido a un ritmo superior a las ganancias de productividad.
15. Las causas directas de la modificación de la jornada de trabajo son variables. En algunos casos el nuevo horario flexible es un medio para reducir, cuando no eliminar, el pago de horas extraordinarias. En otros casos, es una concesión que hacen los trabajadores como condición para que los empleadores acepten un horario de trabajo mas corto. No obstante, lo mas frecuente es que se considere un medio de mejorar la capacidad de la empresa para responder, con rapidez y a bajo costo, a las crecientes fluctuaciones de la demanda de bienes y servicios de los consumidores. La flexibilidad de los horarios de trabajo se ha extendido a variados grupos de trabajadores y actividades y ha adoptado múltiples formas: desde la anualización del tiempo de trabajo hasta la ampliación de las horas de cierre de los comercios y los servicios públicos, semanas laborales más cortas y disposiciones más flexibles en materia de vacaciones.
16. De todos los debates sobre la flexibilidad el que se refiere a la contratación laboral es sin duda el más traumático, ya que pone en evidencia el fenómeno de la precarización del empleo y es inevitable que en el curso del mismo se avancen argumentos que cuestionan algunos de los principios filosóficos fundamentales que durante decenios han nutrido al Derecho del Trabajo.
17. El inventario de las formas flexibles o atípicas de contratación laboral es por cierto bastante amplio, y seria difícil establecer un catálogo en el que no se correría el riesgo de olvidar alguna. Sin embargo, fundamentalmente ha habido tres grandes orientaciones: el trabajo a tiempo parcial (junto con su variante, el empleo compartido o job sharing), el contrato de trabajo de duración determinada y la contratación "triangular" por intermedio de las agencias de Crab o temporero.
18. La rigidez que se pretende combatir con organización del trabajo tiene su origen en las concepciones tayloristas de la Revolución industrial, concepciones que fueron introducidas por los propio empleadores. Al trabajo especializado en la línea de montaje, en que cada trabajador repite una sola operación durante toda su vida profesional, se opone el trabajo multitareas, en que el trabajador puede acompañar varias operaciones sucesivas de un mismo proceso productivo. A la tarea individual se opone el "grupo de producción", cuyos miembros definen discuten sus propias tareas, y al control de calidad

externa se oponen los círculos de calidad, cuya finalidad es que cada trabajador se sienta motivado por el buen resultado del trabajo que efectúa.

19. Los cambios más espectaculares que se están produciendo en la organización del trabajo van en el sentido de la polivalencia del trabajador y la atenuación de las demarcaciones que antes existían en el seno de La empresa, entre obreros y empleados, por un lado, trabajadores especializados y calificados por el otro, o en fin entre el personal de ejecución y el de supervisión, o entre el de producción y el de mantenimiento.
20. El Perú ha pasado de un mercado laboral excesivamente reglamentado a otro que ha ido demasiado lejos en la supresión de la protección de los trabajadores. Esto se ha debido ante todo a la creación de nuevos tipos de contratos, distintos de los normales, con el resultado de que casi la mitad de los trabajadores queda en la actualidad fuera del ámbito de la legislación laboral. La supresión de la autorización administrativa obligatoria de los despidos antes existente fue por supuesto razonable, pero las modificaciones introducidas en la legislación solo parecen haber privado de sus derechos a los trabajadores, en vez de abrir la negociación colectiva como medio de llenar el vacío producido. Además, el Estado sigue siendo muy intervencionista respecto de las relaciones laborales colectivas y al salario mínimo nacional, pretendiendo al mismo tiempo que estas cuestiones dependen de las fuerzas del mercado. Dada la grave erosión de la negociación colectiva en el Perú, y de hecho en toda la subregión, este método abandona en gran medida a su propia suerte al trabajador individual, en un contexto de elevado desempleo.
21. En el Perú, los siguientes fueron los móviles que inspiraron la Flexibilización Laboral: A) atenuar en lo posible el problema incremental del desempleo. B) Corregir Las distorsiones en el mercado de trabajo generadas por las políticas laborales "proteccionistas". C) Generar mecanismos legales para adaptar nuestro aparato productivo al nuevo contexto internacional.
22. A diferencia de su predecesora, en materia de tiempo de trabajo la Constitución de 1993 ya no regula la reducción de la jornada ordinaria, las horas extras, el trabajo nocturno ni el prestado en condiciones insalubres o peligrosas. Respecto a lo primero, al ser fijada con carácter de máximo, se entiende que la jornada es siempre susceptible de ser mejorada, procediéndose su reducción por medio de convención colectiva, contrato individual, costumbre o decisión unilateral del empleador. En nuestra opinión, también es posible que tal reducción se alcance por mandato legal. En cuanto a la supresión de las horas extras, se ha ensayado como explicación para ello, que resultaba innecesario mantenerlas en el texto constitucional, al haber contraído el Perú compromisos internacionales al respecto en cuanto al pago de sobretasa por labores fuera de la jornada máxima.
23. La Constitución de 1993 renuncia a precisar cualquier cosa del contenido esencial del derecho de sindicación, pues asume la posición que no es factible definir con precisión la libertad sindical por cuanto se trata de un concepto en proceso de evolución y dinámico por excelencia, y que lo más aconsejable es no ensayar ninguna, pues cualquier definición sólo recogería aspectos parciales de su rico contenido.

24. El Perú ha tomado partido por la negociación a nivel de empresa, sin embargo, se corre el riesgo de que el sindicato se tropiece con serias dificultades, con riesgos específicos de conflictos o, a la inversa, de ser controlado por el empleador.
25. El Decreto Ley 25593 reconoce la libertad sindical, pero no se brinda ninguna tutela efectiva para el desempeño de su actividad y se encuentran impedidas de constituirse, por el control del Estado a través de la fiscalización de las asambleas, participación de notarios y control de registros. También se reconoce la negociación colectiva pero controlada, con limitaciones por el Estado en cuanto a su contenido. Finalmente, se reconoce el derecho de huelga, pero su ejercicio resulta casi imposible por las restricciones normativas. Por ello, existe necesidad de elaborar una nueva ley que derogue el Decreto Ley 25593, puesto que es ampliamente reclamada desde hace tiempo por los trabajadores sindicalizados y, desde el año de 1993, el Comité Sindical de la OIT hizo varias observaciones al gobierno sobre la mencionada norma.
26. Este proceso de imposición unilateral por el Estado de desmejoras, legislativas para el trabajador, alcanza- su mayor expresión con la aprobación, en Perú, de un conjunto de "decretos legislativos ", sobre fines de 1991. Son más de cien "decretos legislativos " dictados por el Poder Ejecutivo en uso ¿y abuso?) de una delegación legislativa que le hiciere el Congreso. Varios de ellos se refieren a la materia laboral, estableciendo desmejoras en las relaciones individuales o restricciones en las colectivas. El Decreto Legislativo N° 728 dicta una denominada "Ley de Fomento del Empleo " que recoge mucho de la legislación española y del proyecto de ley argentino que luego diera lugar a la ley que seguidamente se menciona, pero en ambos casos, excluyendo meticulosamente todo lo que, en aquellos modelos, supone contrapeso a las exorbitantes facultades patronales (autonomía colectiva como fuente formal habilitante de la celebración de contratos precarios, control sindical, etc.), o protección social contra los efectos más nocivos de la flexibilización (seguro de desempleo), o compromisos estatales (subsídios, exoneraciones, becas).
27. La persistencia de la intermediación, es un indicador de la desconfianza del sector empresarial respecto a las posibilidades de retorno de la estabilidad laboral; en especial, la gran empresa mantiene todavía esta perspectiva y actúa subcontratando o promoviendo ella misma las empresas o instituciones intermediarias.
28. En la flexibilización europea: (a) el Estado no deroga la legislación protectora, sino que promueve que las partes sociales negocien colectivamente una normativa que se superpone a la de origen estatal, sin derogarla; y (b) en el campo de la contratación de promoción del empleo, el Estado adopta una actitud "agresiva " de promoción, incentivos, exenciones y subsidios, por una parte, y por la otra, maneja una estructura de seguridad social ya referida que opera como un "colchón " protector o "defensivo ". Lamentablemente, en América Latina. han predominado hasta ahora, en forma casi exclusiva, modalidades de desregulación salvaje, es decir, de desmejoras laborales unilateralmente impuestas por ley o decreto, frecuentemente de dudosa constitucionalidad o legalidad, respectivamente.
29. Al margen de cualquier otra consideración lo cierto es que ninguna de las reformas flexibilizadoras que hasta ahora se hicieron en América latina fueron precedidas de estudios concluyentes sobre sus efectos económicos supuestamente positivos.

30. La dirigencia sindical no logra elaborar una respuesta a los cambios introducidos por la empresa, tanto por la rapidez con que se incorporan, como por la novedad y la falta de preparación para afrontar estos nuevos tipos de reivindicaciones.
31. Son ahora menores las posibilidades de acciones sindicales encaminadas a impedir tal flexibilización derogatoria: los cambios substanciales en la estructura y composición de la fuerza de trabajo han conducido a un replanteamiento de la organización y funciones de los sindicatos ante la disminución creciente de los clásicos trabajadores dependientes y asalariados ocupados en el sector industrial y moderno de la economía.
32. Los sindicatos también han sido afectados por la llamada reestructuración productiva, entendida ésta como la modernización de la tecnología, la organización del trabajo, las relaciones laborales, la calificación de las y los trabajadores y todo lo que hoy llamamos cultura laboral.
33. En este complejo contexto de cambios económicos, se hace cada vez más difícil para las organizaciones sindicales lograr aumentos salariales y nuevas y mejores condiciones de trabajo y de vida, no siendo así capaces de satisfacer las demandas de sus bases.
34. El resultado final es una progresiva baja en los niveles de afiliación y de representatividad; el surgimiento de grupos de trabajadores que negocian individualmente o corporativamente, al margen de los sindicatos; el descrédito del sindicato, cuando no el desarrollo de formas organizativas propiciadas por los mismos intereses patronales que fomentan el individualismo y el progresivo aumento de las relaciones personales, en desmedro de la organización laboral.

RECOMENDACIONES

Luego de haber desarrollado los tópicos de la presente investigación, se han elaborado las siguientes recomendaciones:

1. Se debe prestar atención a las estrategias de las organizaciones y a las formas de acción colectiva. En este sentido, el debate en torno a la flexibilidad brinda una oportunidad para analizar los cambios en el modelo de relaciones laborales, incluso en el nivel micro.
2. La flexibilización como instrumento destinado a adecuar las economías a los cambios tecnológicos y la modernidad – reconversión industrial – no puede, de modo alguno, afectar la naturaleza misma de los derechos básicos y fundamentales de los trabajadores.
3. En la flexibilización, y con ella la reducción del salario, no pueden conllevar por sí solas un mejoramiento de la situación del empleo. Primero, por razones de equidad y justicia social -sin olvidar tampoco las implicaciones políticas de la cuestión- no se puede permitir que los salarios bajen exageradamente. Segundo, a partir de cierto nivel, la reducción de los salarios afecta al consumo y la demanda interna, y no hace más que agravar la crisis general, y la del empleo, en vez de contribuir a solucionarlas.
4. La flexibilización del tiempo de trabajo no puede hacerse en beneficio exclusivo del empleador, sino que debe hacerse en el de ambas partes. A mayor flexibilidad debe corresponder mayor posibilidad de negociar la distribución de los horarios de trabajo.
5. La flexibilidad de la contratación laboral no debería ser sinónimo de desprotección, de la misma manera que la flexibilidad de los salarios tampoco debería ser sinónimo de bajos salarios.
6. La vigente Constitución ya no ubica a la convención colectiva en el nivel primario como si lo hacía su predecesora, por lo que resulta necesario que se dicte una ley con el propósito de atribuirle a esta un rango determinado en el sistema de fuentes del derecho.
7. No hay que postular la culpabilización del Derecho de trabajo por los fracasos de las políticas económicas.
8. Es necesario concebir organizaciones adaptables, flexibles y descentralizadas, superando las rigideces tradicionales de las organizaciones sindicales. Si el mundo del trabajo es cada vez más dinámico y cambiante, no es posible afrontar sus retos con estructuras rígidas.
9. ¿Cómo pueden los sindicatos, que nacieron para defender los intereses de los trabajadores, afrontar su representación y defensa ante los nuevos fenómenos productivos? El cambio pasa por una transformación de las actitudes, y en especial porque el sindicato se preocupe más por la calidad del trabajo, no limitando sus intereses a la defensa de aquellos aspectos cuantitativos (esencialmente las remuneraciones); asimismo, se necesita que las organizaciones sindicales se involucren en el proceso productivo participando directamente en él, esforzándose por influir en vez de rechazarlo radicalmente.

10. Los sindicatos deben vencer las dificultades de elaboración de estrategias eficaces que protejan a los trabajadores eventuales (máxime, si estos trabajadores son reacios a aceptar el sindicalismo).
11. Los sindicatos deben internalizar que su capacidad de alcanzar la flexibilidad salarial macroeconómica que beneficia al empleo y al crecimiento de la economía depende en gran medida de la estructura de la negociación colectiva (tanto horizontal como vertical) y de su contexto institucional, y no existen en absoluto relaciones lineales entre la estructura negociadora y el rendimiento económico.
12. Se debe cambiar el paradigma en el sindicalismo latinoamericano, consistente en que la organización del trabajo sea considerado una prerrogativa de la empresa y no suele ser objeto de negociación colectiva; y, por el contrario, los sindicatos, vía negociación colectiva, debe concertar con los empleadores lo referente al trabajo en equipo, la subcontratación a terceros y el tiempo de trabajo flexible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN PÁEZA, Francisco. "LA REFORMA LABORAL EN ESPAÑA (1982 – 1996). En: Dos modelos de reforma laboral: Perú y España, Editorial Edial, Lima – Perú, 1998.
- ALONSO OLÉA, Manuel. "LOS CONTRATOS DE TRABAJO ATÍPICOS Y LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO A LA CRISIS ECONÓMICA Y AL CAMBIO TECNOLÓGICO. UNA PRIMERA RECAPITULACIÓN". En: *Derecho individual del trabajo*, Víctor ferro (comp.), materiales de trabajo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, s/f.
- BELASSA, Bela. "CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS POLÍTICAS SOCIALES EN LOS PAÍSES INDUSTRIALES". En: *Rev. ICE*, N° 615, Madrid – España, 1984.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "LA CONSTITUCIÓN DE 1993. ANÁLISIS COMPARADO", Editorial Ciedla, Lima – Perú, 1996.
- BERNEDO ALVARADO, Jorge. "REFORMA LABORAL, EMPLEO Y SALARIOS EN EL PERÚ". En: *Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo*, OIT, Ginebra – Suiza, 1999.
- BLASCO PELLICER, Ángel. "LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES", Consejo Económico y Social, Madrid – España, 1995.
- BOYER, Robert. "LA FLEXIBILIDAD DEL TRABAJO EN EUROPA", Ministerio de Trabajo, Madrid – España, 1986.
- BRONSTEIN, Arturo. "LA FLEXIBILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO: PERFILES DE UN DEBATE". En: *Jornada sobre nuevas concepciones y significaciones del trabajo en la empresa*. Pamplona – España, 1988.

- CAMPILLO, Marcia /
DE LA GARZA, Enrique.
- CARRILLO CALLE, Martín.
- C.L.A.T.
- COETLER, Julio.
- DE BUEN, Carlos.
- DIEGUEZ, Gonzalo.
- DUNLOP, John T.
- ERMIDA URIARTE, Óscar.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ. M. F.
- FERNÁNDEZ STEINKO, A.
- GAMARRA Vilchez, Leopoldo.
- “¿HACIA DONDE VA EL TRABAJO HUMANO?”. En: *Rev. Nueva Sociedad*, N° 157, México D.F. – México, 1998.
- “LA FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTENIDO LABORAL DE LA CONSTITUCIÓN”. En: *Balance de la reforma laboral peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima – Perú, 2001.
- “ESTABILIDAD, PARTICIPACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN EN LA NUEVA LEGISLACIÓN DEL TRABAJO”. En: Conferencia latinoamericana sobre legislación laboral”, México D.F – México, 1991.
- “ESTADO Y NACIÓN EN EL PERÚ”, IEP, Lima – Perú, 1978.
- “FLEXIBILIDAD DE LAS RELACIONES DE TRABAJO”, Universidad Madre y Maestra de Santiago de los Caballeros, Santo Domingo – República Dominicana, 1989.
- “LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO”, 4ta. Edición, Editorial Pons, Madrid – España, 1995.
- “SISTEMAS DE RELACIONES INDUSTRIALES”, Ediciones Península, Barcelona – España, 1978.
- “FLEXIBILIDAD DEL DERECHO LABORAL EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS”. En: *Rev. Ius Et Veritas*, N° 04, Lima – Perú, 1991.
- “EL PODER DISCIPLINARIO EN LA EMPRESA”, Editorial Civitas, Madrid – España, 1991.
- “HILVANANDO UN NUEVO CICLO DEMOCRATIZADOR EN ECONOMÍA Y EMPRESA”. En: *Sobre la democracia económica*. Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001.
- “LA REFORMA LABORAL EN EL PERÚ (1990 – 1998). En: *Dos modelos de*

- reforma laboral: Perú y España*, Editorial Edial, Lima – Perú, 1998.
- GARAVITO, Cecilia. “INTERVENCION DEL ESTADO EN EL MERCADO DE TRABAJO: LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO”. En: *Documento de trabajo N° 125*, Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
- GARMENDIA, J. A. “LA CULTURA DE LA EMPRESA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA”. En: *Revista Española de Investigación Sociológica (REIS)*, N° 41, Madrid – España.
- GAURON, André. “CRECIMIENTO Y CRISIS”, Editorial Siglo XXI, Madrid – España, 1987.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. “LA FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. UNA REGRESIÓN DE LOS LOGROS SOCIALES CONTEMPORÁNEOS”. En: *Boletín de Derecho Social*, N° 01, Lima – Perú, 1992.
- GONZÁLEZ NICOLÁS, Inés. “PARTICIPACIÓN SINDICAL DE LAS TRABAJADORAS EN MÉXICO”. En: *El trabajo entre la exclusión y el mercado: análisis y perspectivas*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas – Venezuela, 2003.
- HOYOS, Arturo. “LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL EN PANAMÁ”. En: *La flexibilización del trabajo: un estudio internacional*, Editorial Barquisemeto, 1990.
- INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. “LAS LEYES DE ESTABILIDAD LABORAL Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS”. En: *Cuadernos de trabajo*, N° 02, Lima – Perú, 1987.
- LORA, Eduardo / PAGÉS, Carmen. “LA LEGISLACIÓN LABORAL EN EL PROCESO DE REFORMAS ESTRUCTURALES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE”, Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.

MARCENARO FRERS, Ricardo.	“EL TRABAJO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN”, Editorial Cuzco, Lima – Perú, 1995.
MARTÍN VALVERDE, A.	“EL DISCRETO RETORNO DEL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS”, Ministerio de Trabajo, Madrid – España, 1990.
MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente – Antonio.	“LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO TRAS LA REFORMA DE 1994: PRÁCTICA CONVENCIONAL Y APLICACIÓN JUDICIAL”. En: Las reformas laborales de 1994 y 1997, Editorial Pons, Madrid – España, 1998.
MATIA PRIMA.	“SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN LABORAL”. En: La reforma laboral, Lex Nova, Valladolid – España, 1994.
MIQUEL, A.	“LA CULTURA DE TRABAJO: DIMENSIONES COMPARATIVAS”. En: <i>Los modelos organizativos y el papel del trabajo</i> , Editorial Bosch, Barcelona – España, 2002.
MONTOYA MELGAR, Alfredo.	“EL CONTRATO DE TRABAJO, ENTRE LA STABILIDAD EN EL EMPLEO Y LA PRECARIEDAD”. En: <i>El cambio laboral de la década de los 90</i> , Editorial Espasa – Calpe, Madrid – España, 1991.
MORALES CORRALES, Pedro.	“LOS DERECHOS INDIVIDUALES DEL TRABAJADOR EN EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN”. En: <i>Rev. Peruana de Derecho de la Empresa</i> N° 42, Lima – Perú, 1993.
MORENO, Luis.	“UNIÓN EUROPEA Y ESTADO DE BIENESTAR”, CSIC, Madrid – España, 1997.
MUJICA PETIT, Javier.	“NECESITAMOS UNA REFORMA LABORAL DEMOCRÁTICA”. En: <i>Diario “La República”</i> , 06-03-1995, Lima – Perú, 1995.

- MURMANN, Klaus. "LOS DESPIDOS SON EL ÚLTIMO RECURSO". En: *Rev. Deutschland*, N° 02, 1993.
- NAVARRO NIETO, Federico / SÁEZ L, Carmen. "LA FLEXIBILIDAD EN LA NUEVA RELACIÓN DE TRABAJO", Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1998.
- O.I.T. "NEGOCIAR LA FLEXIBILIDAD: FUNCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y DEL ESTADO", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra – Suiza, 2000.
- "LA REFORMA LABORAL EN AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARADO", OIT, Ginebra – Suiza, 2000.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín. "LA CONSTITUCIÓN SEMÁNTICA: EL PROYECTO DEL CCD". En: *Rev. Themis*, N° 27-28, Lima – Perú, 1994.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "EL AJUSTE ECONÓMICO: PERSPECTIVA EMPRESARIAL". En: *Ajuste económico y política laboral*, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cusco – Perú, 1993.
- "EL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN". En: *Rev. Ius et Veritas*, N° 07, Lima – Perú, 1993.
- PASTOR ITURRIZAGA, Luis. "LA REFORMA LABORAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN": En: *La reforma laboral en el Perú*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima – Perú, 2002.
- PRADÉÑAS SUDY, Sergio. "ECONOMÍA DE MERCADO: FLEXIBILIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DESREGULACIÓN LABORAL, DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA". En: *Rev. Caballero*, Lima – Perú, 1992.
- QUISPE CORREA, Alfredo. "APUNTES SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO", Lima – Perú, 1998.
- RECIO, Albert. "FLEXIBILIDAD, EFICIENCIA Y DESIGUALDAD: NOTAS SOBRE LA FLEXIBILIDAD LABORAL", En: *Rev. Sociología del Trabajo*, N° '01, Madrid – España, 1989.

- RENDON VASQUEZ, Jorge. "DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Editorial Tarpuy, Lima – Perú, 1992.
- RUBIO CORREA, Marcial. "CONSTITUCIÓN: ¿QUÉ Y PARA QUÉ?", Editorial Desco, Lima – Perú, 1978.
- "ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993", Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 1999.
- SABEL, Charles. "TRABAJO Y POLÍTICA", Ministerio de Trabajo, Madrid – España, 1985.
- SACO BARRIOS, Raúl. "FLEXIBILIDAD LABORAL, DERECHO DEL TRABAJO Y ADMINISTRATION DE PERSONAL". En: *Rev. Análisis Laboral*, Vol. XXII, N° 247, Lima – Perú, 1998.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "LAS RESPUESTAS DEL DERECHO DEL TRABAJO AL DESAFÍO DE LA FLEXIBILIDAD: UN BALANCE A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA". En: *La reforma laboral en el Perú: El derecho del trabajo y la política laboral del Estado*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2002.
- SUÁREZ GONZALES, Fernando. "TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN CUANTO A LA GARANTÍA DEL EMPLEO". En: *Derecho Laboral*, N° 145, Montevideo – Uruguay, 1987.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "LOS DERECHOS LABORALES EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993". En: *Balance de la reforma laboral peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima – Perú, 2001.
- VEGA, María Luz. "LA FLEXIBILIDAD EN EL PERÚ". En: *Rev. Asesoría Laboral*, Lima – Perú, Mayo 1997.
- VIDAL CARUANA, Gonzalo. "ÚLTIMA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL: Ley 12 / 2001", Editorial Temple, Madrid – España, 2001.

VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo.

“CONSTITUCIÓN Y LIBERTAD SINDICAL”.
En: *Trabajo y constitución*, Editorial
Cuzco, Lima – Perú, 1989.

YEPES DEL CASTILLO, Ernesto.

“PERÚ: 1820 – 1920. UN SIGLO DE
DESARROLLO CAPITALISTA”, IEP y
Campodónico Ediciones, Lima – Perú,
1972.